
ARNOLDI VINNII JC.
PARTITIONUM
Iuris Civilis
Libri IV.
Cum ipsi Autorii Tractatus
DE JURISDICTIONE,
PACTIS, TRANSACTIONIBUS
ET COLLATIONIBU
Roterodami Ex Officina Arnoldi Leers, 1664.

ARNOLDI VINNI JC.

JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ

sive

PARTITIONUM JURIS CIVILIS LIBRI IV.

Variis observationibus notisq; perpetuis illustrati.

Adjectus est huic Editioni Tractatus

DE JURISDICTIONE, PACTIS, TRANSACTIONIBUS, & COLLATIONIBUS.

CUM INDICIBUS NECESSARIIS.

Editio Tertia Emendata.

Raffaele Piesigno



1751

ROTERODAMI,

Ex Officinâ ARNOLDI LEERS.

Anno CIↃ IↃ C LXIV.

Permissu D. D. Nobilium ac Præpotentium Ordinum Hollandiæ & West-Frisiæ.

NOTIFICATIE.

Alhoewel Joannes Neranus *in den jare 1663. dit Boeck mede gedruckt heeft, ende van de Ed: Groot Mog: Heeren Staten van Holland ende West Vrieslandt geobtineert hadde Octroy om het selve Boeck voor den tijdt van 15 jaren alleen met seclusie van allen anderen te mogen drucken ende verkoopen, Soo is nochtans* Arnout Leers *den Drucker deses by speciale authorisatie van opgemelte Haer Ed: Groot: Mog: van date den 1 October 1663. tot het drucken van desen geadmitteert.*

Dient oock voor Notificatie, *dat den voornoemden* Neranus *het voorschreve Octroy geobtineert hadde, op præsuppoost, dat by den druck van het voorschreve Boeck doorgaens verbetert ende veelsints vermeerdert hadde, daer in nochtans geen verbeteringe maer wel groote menichte van Druck-fauten en merckelijcke verargeringe gevonden werden. Ende dat daer en-boven ter contrarie den voornoemden* Leers *dit Boeck in alles perfect gecorrigeert ende vermeerdert heeft met* vier Tractaten *van den selven Autheur op den Titul gementioneert (het welcke by den druck van den voornoemdem* Neranus *niet en is te vinden) mitsgaders daer by gevoeght heeft de noodige Registers dewelcke in voorgaende drucken van anderen altijdt daer by gevoeght zijn geweest.*

Nobiliss. & Ampliss. Viris,

HADRIANO A ZWIETEN, *Domino in Zwieten, Baillivo & Dyckgravio Rhynlandiæ,*

ROCHO HONERDIO, *supremæ in Hollandia Curiæ Senatori primario,*

HADRIANO PAUWIO, *Equiti, urbis Amstelodamensis Syndico,*

Academiæ Leidensis Curatoribus:

ET

Amplissimis Prudentissimisque viris,

GERARDO LEONARDI,
JACOBO VERBOOM,
DANIELI SIMONIS AB ALPHEN,
HADRIANO A TETHROEDE,

Urbis Consulibus, eorum Collegis.

ITEM

Clarissimo Consultissimoq́; Viro:

JOANNI WEVELINCHOVIO, JC. *Urbis Syndico, & Curatoribus à Secretis.*

Etsi in erudienda in formandáque ad humanitatem juventute assiduè occupatus vix suppeditare queo studiis Juris civilis, cujus fines latissimè quoquoversum patent: tamen existimavi, Nobilissimi & Amplissimi viri, non posse meliùs à me collocari quantulamcunque necessariarum occupationũ interstitionem, quam in eo studio celebrando recolendoque, in quo optima n ætatis meæ partem consumsi. Etenim non so ùm fas esse arbitratus sum, ex rerum præstantissimarum contemplatione domesticam quandam subsecundariis temporibus oblectationem petere: sed etiam fru-

ctum aliquem illius otii ad alios pervenire volui: & verò sic maximè pervenire posse putavi, si me ad ea potissimùm studia retulissem, in quibus aliquātò plus quam in cæteris profecisse idcircò mihi videbar, quia in iis diutissimè eram versatus. Ac ne cui hoc institutum nostrū alienum videatur ab officio ludimagistri: meminisse utique debui, etiam personā Jurisconsulti mihi impositam esse, quam, quoniam aliā non possum, istâ saltem ratione liceat sustinere. Minimè verò vereri debeo, ne idcircò minùs puerorum disciplinæ satisfacere videar, quòd in eo, quod dixi, otio excellentiora quædam studia colo exercéóque, quæ etiam in his, quæ istarum sunt partium, vel adjumento mihi esse vel ornamento possunt. Igitur, ut ad rem sermonem conferam, cum minutatim acervando justum tandem lucubrationum cumulum fecissem, eas non in nonum usque annum, sicut poëmata sua poëtæ solent, premere, sed quàm primùm ad communē omniū usum conferre volui; ut si qua in iis esset utilitas (esse autem in hujusmodi operibus vel maximam summi affirmabant viri) ad eam etiam auctarium quoddam ex repræsentatione accederet. Ego quidem, etsi non inficior tenuiora esse hæc, quam ut ullam inde gloriam expectare debeam, non vereor tamen minorū hujusmodi vigiliarum opera cū gravioribus illis, quæ sola nomen inserere possunt famæ, emolumento exæquare, atq; illorum pondere horū pensare magnitudinem utilitatis. Neque verò aliter quenquam judicaturum existimo, quàm quòd ex omnibus, qui rerum bonarum disciplinas, & maxime Jus civile excoluerunt, eorum longè plurimùm prosit industria, qui eas ipsas res artificiose digestas generatim composuere: siquidem uno compositionis artificio, quam metho-

methodum appellamus, duplicem hunc sunt fructum consecuti, quod & intelligentiæ magnum lumen attulerunt & memoriæ, quæ duo in omnibus Musarũ alumnis maximè requiruntur, alterum etiam præcipuâ quâdam ratione in Iureconsultis. Quamobrem tametsi videbam etiam alios nonnullos, eosque claros viros, plurimùm in hac parte studii posuisse: tamen in re tam præclara atque utili si quid operæ aut laboris etiam post illos, in rudiorũ maximè gratiam, susceptum foret, ne id quidem sua laude cariturum putavi. Proinde cum ex libris Iuris civilis, adjutus paucorum, qui in hoc genere excelluerunt, & præsertim Donelli nostri Commentariis, excerpsissem congessissemque præceptiones omnes & theoremata universalia, quibus juvenilem ætatem ad principem scientiam induci, atque ab incunabulis formari Iurisconsultum posse arbitrabar, singula deinde ratione quadam conglutinavi atque constrinxi, secutus eum ordinẽ, qui semper doctissimo cuiq; maxime placuit. Nam etsi non usquequaq; alienis insisto vestigiis, in nexu tamen summarum partium, eam viam secutus sum quã in Elementis hujus scientiæ præmonstrarunt præmunieruntq; primi illi legum Compositores, ac tantũ non ex professo affectavit is, cujus modò mentionem feci, judicio eruditorum omnium τῶ μεθοδικῶν facile princeps. Enimverò quidquid hîc à me susceptũ est, non alio id sum fine aggressus, quàm, ut Mercurialis instar statuæ, intenso ad rem digito viam planã & expeditam si ullo modo assequi possem, incipientibus commonstrarem, qua decursa, animoque certissima principiorum omnium cognitione celeriter imbuto, jam paratiores ad exercitationes sive privatas sive publicas venientes, uberiora aliorũ monumenta

cum judicio adire, ipsaque juris volumina majore cum fructu per volutare possint. In primis igitur operam sedulo dedi, ut cuncta, quoad possem, breviter, plane, puro dilucidoq; sermone, hoc est, eo, quo ab initio tradita sunt, pertractarem. In quo etiam hoc magis elaboravi, quod sciebā majora omnia ingenia, præsertim nostratia, ita esse comparata, ut, quantùm amare solent purum expeditumque sermonem, tantùm oderint fugiantque prolixitatem. Sanè verò non usque eo parci restrictique sumus, ut vereamur in re ad cognoscendum præclara latiùs aliquantò expatiari, & disputare paulò enucleatius: veruntamen nusquam à certissimis digredimur principiis, ex quorum ignoratione omnis ferè ambiguitas ab initio nata est: ac mox, quam ingressi sumus, etiam celeriùs repetimus viam. Proxima superiori cura fuit, uno perpetuæ orationis filo opus contexere: nam & finitiones partitionesque, tum regulæ atq; his subjectæ exceptiones, quarū nulla in arte tanta est crebritas, non solùm memoriâ citiùs comprehenduntur eodē tenore continuatæ: sed etiam suaviùs incundiusque recoluntur: & utrique literato lectori, quem etiam delectatione aliquâ alliciendum reor, gratior esse solet continens atque æquabilis, quam hiulca & longâ locorum demonstratione interrupta oratio. Neq; tamen locum ullum principem auctoremvè, ex cujus penario nostra hæc deprompta sunt, præterivimus: sed ne seriem rerum, quas perpetuo eodemque arctissimo nexu inter se colligatas esse voluimus, abrumpere identidem cogeremur, uno passim exemplo obscuriora illustrasse contenti, auctores locosque seorsum ad oram indicavimus, unde qui volent, plura petere & uberiorem explicationem queant. Illud postremò me nostratibus

bus

bus debere quodã præcipui titulo existimavi, ut hæc degustantes simul ex hodierna juris ratione aliquid haurire possent, quæ cottidie versatur in foro: ac proinde etiam carpsi nonnulla & delibavi ex his, quæ legibus aut moribus apud nos constituta aut recepta sunt, aut finem controversiarum pronunciatione judicum acceperunt. Qua quidem in re cum me multùm juverint duo clarissima ingenia nostri fori, *D. Adrianus Goesius*, & *D. Iacobus Douza*, non debui tam officiosam humanitatẽ egregiè cordatorum hominum silentio præterire. Cæterùm etiam hæc ipsa una cum præcedentibus constipata in marginem, velut in unam Myconum conjecimus, quò uno aspectu cuncta intueri commodè liceret. Opus ipsum ita partiti sumus, ut una pars duobus voluminibus omnem juris sui cujusque cognitionem, altera ejus obtinendi rationem totidem libris complecteretur. Quoniam autem in erudienda juventute cottidianis vel potiùs assiduis prælectionibus occupati totum perpolire hactenus non potuimus, partem illam, quæ juris nostri cognitionem continet, præmittere placuit, quamvis tersam minus, quàm vellemus, ac limatam. Sed quis est, qui in istis subcisivis necessariarum occupationum quasi furtis perfectum quid aut absolutum requirat? Cæterùm non sum nescius, Amplissimi viri, cum ea, quæ ab aliis tradita sunt, huc transfero cogóque, fore, ut mea hæc opera in multorum reprehensionem incurrat. Neque enim defuturi sunt, qui me vel arrogantiæ insimulabunt, vel stultitiæ, quòd operam in eam rem insumpserim, quæ à gravissimis auctoribus luculentissimè & subtilissimè pertractata est. Alterutrum enim esse necesse, ut aut his meliora promere me posse crediderim, aut ut nihil agere vo-

luerim profectò. Illud temerarium, superbum, arrogans: hoc verò stultum & inane. Poterat me ab hujusmodi vocibus vel sola defendere eorũ hominum, quorum auctoritatem secutus sum, conscientia: sed tamen dabitis mihi hanc veniam, ut pauca, quæ in mundo sunt, insuper respondeam. Primùm non existimo nefas esse ea, quæ semel ab aliquo tractata sunt, iterum sub incudem revocare. Nam quis unus eò unquam felicitatis pervenit, ut suis unius vigiliis aliorum præscriberet præjudicarétque industriæ? Quid quod etiam voce Principalis oraculi majore laude dignus censetur is, qui, quæ ab aliis inventa sunt, subtiliter emendat, quàm qui primi invenerunt, quanquam in eo quidem præter laudem conatus nihil mihi assumo. Porrò & si aliorum scriptis, quæ in hoc genere extant luculentissima sanè & subtilissima, tantùm tribuo, quantùm amplitudini debetur eorum, qui tam præclara nobis pepererunt: tamen non video, cur ea nostrum hoc institutum retardare debuerint. Sit sanè major in illis splendor: habeant suam provectioribus proposita utilitatem: nostra hæc & si fortasse non omnibus (quanquam etiam hoc speramus) æquè profutura sunt: tamen nobis videbimur haud infeliciter operam navasse, si hoc unum assecuti fuerimus, ut ii, qui nuper ad studia Juris Civilis ingressi sunt, sine errore longiùs progredi, atque ad ea, quæ cupiunt, quàm celerrimè pervenire possint ab hoc aditu januâque patefactâ. Planè illud palàm profitemur, ab aliorum fontibus & maximè illius, per quem plurimùm profecimus, rivulos hosce esse deductos. Sed an idcircò nihil prorsus ipsi egisse existimandi sumus? Atqui multa passim interfluunt, usus, judicium, ordo nonnunquam ipse, tum eorum, quæ

alibi

alibi deesse aut superesse videbantur, expletio aut amputatio, aliáque complura, quæ hercule meo jure videor posse vendicare. Nihilnè igitur agunt, qui quæ ab aliis benè inventa sunt, tuentur, qui his suum judicium, suum scribendi ordinem adjungunt, qui imperfecta explere satagunt, supervacua resecare? Nihil, qui ad augendos juvenilis industriæ fructus minuendasque longi temporis molestias, ex amplioribus & gravioribus aliorum monumentis ea colligunt, quæ à tenuioribus ingeniis, & citiùs percipi, & perfectius cognosci, & meliùs retineri possunt? Profectò longè alia & veterum omnium ratio & recentiorum fuit, qui idem in reliquis artibus & disciplinis omnibus factitarunt. At fortasse hoc in cæteris suam utilitatem habet, in Jure Civili est supervacuum. Quorsum enim, dixerit quispiam, tanta curiositas in colligendis conglutinandisque principiis & præceptionibus ejus scientiæ, quâ vel promiscuè contrita quædam & communia legentes, dum simul ad usitatam in scholis consuetudinē mediocriter exerceantur, tam facilè repleri possunt? Quotus ergò quisque est, qui non penitus perceptis certis illis fixisque principiis, ad certam ullam aut solidam frugem unquam pervenit? Quotus inquam quisque est, qui peregrinus adhuc & hospes in principiis, id est, præceptis & regulis juris generalibus, in forū delatus laudem boni causarum patroni unquam est adeptus? Quid quod tantò magis quærenda sunt in jure civili præceptorum compendia, quam in cæteris disciplinis, quantò fines ejus, quam aliarum artium latiùs patent: tantò magis vitandi anfractus, parciusque tempus dispensandum, quantò plurium rerum comitatu pectus implere debet is, qui foro paratur, lucem ingenii

genii & consilii sui cunctis propè civibus aliquando porrecturus. Neque tamen hæc ita dico, ut existimem veram & solidam juris cognitionem nudis istis documentis comparari posse sine usu atque adjumento exercitationis: sed exercitationem ipsam certâ præceptorum methodo destitutã non plus valere ad perfectam juris civilis, quam aliarũ artium cognitionem contendo. Atque ut M. Tullio concedam, naturam atque ingenium exercitatione adjuta etiam sine præceptionibus nonnihil posse: tamen hoc mihi verè videor dicturus, nisi qui in hujus sunt cursu studii, dum in scholis quasi ludicrâ exercitatione prædiscunt ea, quæ sunt agenda in foro, interea præcepta universa & regulas hujus artis generaliores, atque, ut verbis utar Aristotelis, τὴν καθόλου ἐπιστήμην penitus hauriant, ubi in verum rerum certamen, in forum tanquam in castra atque aciem educentur, mancam fore & imperfectam illam ipsam forensem exercitationem:

Alterius sic
Altera poscit opem res & conspirat amicè.

Quæ cum ita sint, non est, quòd huic operæ defensionem operosiùs quæramus. Cui enim non laudabile videri debet id studium, quod in re tam utile tamque necessaria collocatur? aut quis nostrũ jure reprehenderit, qui, ut hac etiam viâ commoda juventutis adaugeamus, cæteris curis soluti enitimur? Cæterùm cùm ad commendationem operis plus etiam, quam ipsius operæ utilitas, valere, præsertim initio, soleat nomen atque existimatio auctoris, ignorare utique non potui, si meum hoc opus ex solo auctoris nomine æstimaretur, nihil admodum esse commendationis habiturum. Atque ea me idcirco res impulit, ut vos potissimum, Nobilissimi & Amplissimi viri, patronos

huic

huic instituto meo adornaverim: nēpe quæ ad commendationem ejus mihi deesse intelligebam, præsidia existimationis & gratiæ, inde petere volui potissimè, unde ea mihi parari posse vel maxima & firmissima putabam. Quippe ita mihi sum persuasus, ita etiam nunc spero, omnes bonarum literarum & Jurisprudentiæ cultores, quod genus hominū egò valdè veneror, non aliter animum suum inducturos, quam bona & utilia esse ea, quæ vobis hominibus scilicet gravissimis & prudentissimis placere animadvertent. Facit autem singularis vestra benevolentia, quâ me semper complexi estis, ut in spem veniam fore, uti vos hoc patrocinium haud gravatè suscipiatis, dato videlicet etiā publico hoc præclaræ erga me voluntatis testimonio, ut in vestro apparere nomine hasce lucubrationes meas patiamini. Quod quidem si erit à vobis impetratū, maximam habebo huic benignitati vestræ gratiam, simul fidentiùs quod deinceps dabitur otii, ad alteram illam partem, quæ ad Juris nostri persecutionē pertinet, expoliendam conferam. Quin etiam multò id facerem diligentius accuratiusque, si otio paulò liberiore frui liceret. Nunc verò quoniam angustiâ temporis circumscripti neque pro dignitate tractare scientiam principem, neque pro amplitudine latissimè patentem excolere possumus, erit humanitatis vestræ, Nobilissimi & Amplissimi viri, ea, quæ interim à nobis proficiscuntur, qualiacunque sint, æqui bonique consulere. Valete. Hagæ-Comitis, Anno CIↃ IↃC XXIV. pridie Idus Januarii.

Amplitudini vestræ addictissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

BRE-

BREVIS
CONTRA AMETHODOS
pro arte Juris Dissertatio.

Multi nostrâ memoriâ conati sunt ostendere, non minus jus civile, quam cæteras disciplinas, justo ordine ac methodo comprehendi & concludi posse: credo, quod existimarent residere adhuc in animis hominum erroris eorum quasdam reliquias, qui negasse dicuntur, jus civile in artem redigi posse. Ego verò vix adduci possum, ut credam quenquam in errore tam crasso versari, qui modò, quid sit ars, aut quid ea postulet, intelligat. Nam præterquam quod I. de Orat. *M. Tullius jam olim satis luculenter ostendit, eâdem illâ ratione ac viâ, quâ pleraque alia, quæ dissoluta antè fuerunt, constricta & coacta sunt, posse etiam ea, quæ jure civili constituta sunt vel recepta, conglutinari atque ad artem redigi: habemus prima juris elementa satis eleganti artificio contexta, tanquam* παράδειγμα *seu exemplar, quod imitemur in universi juris systemate: quemadmodum Tribonianum ipsum credibile est, eundem illum ordinem in Isagoge ista servasse, quem veteres, ex quorum commentariis collecta est, secuti sunt in tradenda integra hac disciplina. Non anxiè hîc quærimus artem plenè perfectam & absolutam, aut limatum illud & subtile docendi genus, quod in mathematicis adhiberi potest: (quanquam magnus ille Gebennensium* Anton. Fab. in præfat. ad Rational. & Jurispr. Papin. *Præses existimat non minus jurisprudentiam nostram habere certa principia, quam mathematicas disciplinas:) satis esse ad hanc artem arbitramur, populariter & pingui Minervâ quoad rei cujusque natura*

natura patitur, de unoquoque genere disserere. Etenim si ea, quæ per libros juris civilis dispersa sunt, à peritis hominibus coadunata, definitionibus declarata, generibus illustrata, formis ac partibus fuerint distributa, denique ita collocata, ut inferius quodlibet à superiori, omnia à summo dependeant. non video, quamobrem non, sin minus subtili illâ definitione, at hac populari ratione ars esse videatur. Adhac habemus in parte illa, quam dixi, archetypon, cujus formam in toto exprimere commodè possumus. Atque hanc rationem, quod ea nobis cum expeditissima, tum utilissima videbatur, etiam nos in hisce libris, quoad fieri potuit, secuti sumus. Cæterum est alius error multorum animis adhuc infixus, qui omnibus modis evellendus est. Sunt enim non pauci, qui tametsi apertè fatentur, posse etiam jus civile arte aliquâ ac methodo comprehendi; eos tamen, qui id moliuntur, in re inutili minimeq́; necessaria operam collocare existimant, & quod dici solet, παρὰ ποταμὸν φρέαρ ὀρύττειν. *Error eo magis noxius, quo pluribus familiaris. Prætexitur species facilitatis. Ajunt enim jus civile non in rebus abstrusis aut à sensu nostro remotis, ut plerasque alias disciplinas, sed in rebus ante oculos positis, & in usu cottidiano collocatis, in congressione hominum atque foro versari: ideoq́; vel singula legum capita percurrentem, passimq́; carpentem & colligentem undique repleri istâ juris scientiâ posse, & plerosque nullâ arte ductos usu quodam & experientiâ non tralatitiam juris cognitionem esse consecutos. Testem esse illud* In Brut.
ipsum forum, in quo multi non idcirco minus juri & 1. de Orat.
civili satisfecerint, quod ope hujus artis fuerint destituti. Testem esse M. Tullium, qui tametsi soli Servio artem tribuit, magnum tamen juris civilis

usum

usum & apud Scævolam & apud Aculeonem & apud alios fuisse fateatur. Quid quod idem Tullius in re admodum tenui versari juris scientiam existimet, in qua adeo nihil difficultatis sit, adeo obscuritatis nihil, ut vel triduo jurisconsultum se profiteri posse glorietur. Quid igitur hisce vocibus respondemus? Nimirum eos, qui ita disputant, aut non satis seriò & bonâ fide agere; aut, quod magis puto, non intelligere, quæ commoda ex arte percipiantur. Bonâ fide agere non videntur, quod causam facilitatis obtendunt in eo studio, quo certum est nullum esse difficilius. Nam ut demus esse quædam studia subtiliora: hoc certè cuncta alia superat magnitudine & ubertate; ut vel ex eo solo, quàm difficile sit, appareat, & peculiari etiam ratione lucem ductumque artis & rectæ institutionis desiderare. Quod auctoritatem M. Tullii allegant, ne id quidem faciunt bonâ fide. Licuit Ciceroni, licet principibus eruditionis, viris in omni recto studio exercitatis multa sibi, quæ non sunt posita in potestate cujusvis, assumere. Licuit Oratori, dum causæ servit, magnitudinem rei verbis extenuare. Fecit id, cum pro Murena diceret contra Servium Sulpitium. Fecit, inquam, quia causa id postulare videbatur, non quod ipse id ita esse sentiret. Quis enim nescit, orationes, quæ in judiciis habentur, causarum esse ac temporum, non hominum aut patronorum? Si auctoritas Ciceronis quæritur, extant alibi luculenta illius de studio juris testimonia. Nemo plus unquam, quàm ille, huic studio tribuit. Nemo majori dignatione jurisconsultos prosecutus est. In persona L. Crassi vel unum duodecim Tabularum libellum, omnibus philosophorum bibliothecis anteponit: domum jurisconsulti oraculum appellat civitatis.

In Orat. pro Muræn.

1. & 3. de Orat. & Philipp. 9.

*tis. Sed, ut dixi, magis est, ut existimem hosce homi-
nes non intelligere, quàm utile sit, disciplinas certo
ordine ac methodo tradi; quàm uberes ex eo fructus
efflorescant tum intelligentiæ illuminandæ, tum con-
firmandæ memoriæ, quam præcipuam jurisconsulto-
rum dotem faciebat antiquitas. Quare ad philosopho-
rum scholas eos ablegemus, ut ab iis discant, quanta
commoda omnibus Musarum alumnis methodus ap-
portet. Ibi discent, methodum & intelligentiæ ve-
ram parentem esse, & optimam ejus animæ partis ma-
gistram, quæ custos est reliquarum. Discent metho-
dum esse vinculum cujusque disciplinæ & animam.
Denique in omni multiplici materia tanquam Laby-
rintho, methodi ductu, ceu filo Dædaleo, cæca discen-
tium vestigia regi. Quod si Platonem audire volent,* In Phi-
etiam divinitatem quandam in methodo agnoscent, leb & Phædr.
artificemque methodi cum Socrate prosequentur κατό-
πισθε μετ' ἴχνια ὥστε θεοῖο. *Hæc autem methodi atque artis
encomia non magis ad alias disciplinas, quàm ad ju-
ris scientiam pertinere discent ab illo ipso, quem pro se
testem producunt, Cicerone. Nunquam enim ille jus
civile in artē redigere ipse cogitasset, nisi hanc operam
omnibus hujus disciplinæ studiosis perquam utilem
esse censuisset. Nunquam Servium Sulpitium, qui
primus artem ad hoc studium attulit, cæteris consul-
tis omnibus antepofuisset, nisi magnum quid & pro-
pè divinum putasset, artem adhibere ad ea studia, quæ
confusè & perturbate ab aliis antè tractata fuerant.
Neque verò singulis tantùm ob hanc causam eum an-
teposuit; sed etiam universis. Omnes, inquit, ex omni* Phil. 9.
*ætate, qui in hac civitate intelligentiam juris habue-
runt, si in unum locum conferantur, cum Servio Sul-
pitio non sunt comparandi. Et alibi; Existimo, in-* In Bruto.
quit, juris civilis magnum usum & apud Scævolam

& apud alios fuisse; artē in hoc uno: quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praterea didicisset artem, qua doceret rem universam tribuere in partes, latentē explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambiguā primùm videre, deinde distinguere, postremò habere regulā, quâ vera & falsa judicarentur, & qua quibus propositis essent, quaq; non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximā, quasi lucem ad ea, qua confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Tanti artē juris fecit, tanti ab aliis eam fieri voluit princeps ille ingenii & doctrina M. Cic. Quamobrē ut & nos fateamur, posse etiam sine arte, longo usu & diligenti multarum rerum observatione non mediocrem juris scientiam comparari: esse etiam nunc Scavolas, esse Aculeones, esse, qui multa, licet ἀμεθόδως, praclara tamē, nec in scholis aut foro negligenda, literis mandarint: attamen cum Serviis, id est, iis, qui artem ad hoc studium attulerunt, nullo modo sunt conferendi. Tardè consequimur, quod ab usu solo & atate expectamus: ars nihil non repraesentat. Sapè tadiū discentibus attulit temporis diuturnitas; ars illam multis parasangis pracurrit. Sapè confusio rerū & perplexitas discentes ab optimo studio ita deterruit, ut voluntatem discendi unà cum spe perdiscendi abjecerint: ars illam confusionem tollit, rerumque perplexitati, & cateris incommodis medetur. Ars in summa hoc praestat, ut finitum sit jus, quale & esse posse & debere Neratius scripsit: ut jam sole meridiano clarius appareat, nihil arte esse utilius etiam in disciplina juris civilis.

In l. 1. ff: de jur. & fact. ignorant.

Habet causam, optime Lector, qua me impulit, ut corollariū hoc operi instituto addiderim. Occurrere amethodorū errori volui, quantumq; in me est, providere, ne quid ex eo detrimenti caperent studia juventutis.

S E-

SERIES CAPITUM.

In Aditu.

Libri primi.

Libri secundi.

Libri tertii.

Libri quarti.

13 Iu-

Tractatus de Jurisdictione & Imperio.

4 *Soline*

Tractatus de Pactis.

17 *De*

Tractatus de Transactionibus.

Tractatus de Collationibus.

13 De

A D I-

ADITUS
ad
JURISPRUDENTIAM.

CAP. I.
Quid sit Jus, & quotuplex.

QUi iter ad Juris Civilis scientiam affectant, vestibulū ejus ingressi, prius quam pedem penetrent, duo hæc cognoscant necesse est; Quidnam sit jus, quæ ejus vis atque auctoritas, tum Quodnam illud sit, quid contineat præcipiatque. Hîc mox elucebit finis, ad quem assequendū interiora capessentibus exinde muniemus viam. Jus à jussu per apocopen dictum videtur. Propriè enim jus dicitur, naturæ aut populi ejusve, qui vicem populi gerit, jussum. Ab hac significatione quatuor aliæ minus propriæ fluxerunt. Primùm per metonymiam contenti pro continente jus pro *b* arte juris dicitur. Secundò per eandem figuram converso modo pro eo, quod cuique jure *c* tribuitur. Tertio in specie pro *d* potestate jure tributa, quod fit, quoties verbis faciendi jus adjungitur. Quartò pro *e* loco, in quo jus redditur: ut cum dicimus, in jus vocare, in jure confessos pro judicatis haberi, in quo est metonymia adjuncti pro subjecto. Ex propria autem significatione jus rectè definitur, constitutio *f* omnis jubens in *g* publicum, imperans recta & prohibens contraria, iis, quibus posita est, parendi necessitatem imponens. Duæ hîc partes præcipuæ; *h* jussus; & jussus execu-

a Antiqui ni auctore Festo, jura dixerunt jussa. Vlp. à justitia deducit l. 1. de just. & jur. quæ notatio quadam Dialectica est à causa.

b *In quo significatu definitur à Celso, ars æqui & boni. d. l. 1. eod.*

c *Sic accipitur in definitione justitiæ. & in l. 2. ff. de His qui sui vel al. jur.*

d *Vt in definitione actionis, itineris, actus, viæ. inst. de act. in pr. l. 1. ff. de serv. præd. rust.*

e *Quod fit, quoties conjungitur verbis motum ad locum, aut consistentiam in loco significantibus.*

f *Eadem ferè est definitio legis apud Cic. Philip. 11. & lib. 1. de leg.*

g *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. l. 8. ff. de leg. e.c. sic: Quicunque post hanc legem rogatam testamentum faciet, &c. l. 1. ad l. falcid. non a. sic: Si L. Titius Testamentum faciet. ex quo intelligitur, privilegium propriè & absolutè jus non esse.*

h *Legis virtus est imperare, vetare. permittere, punire. l. 7. de leg. Jussus est in trib. primis clausulis. in postrema executio.*

tio. Juris est jubere non quidvis, sed quæ † recta sunt, vetare contraria. Rectum est, quod aut naturâ & per se justum & honestum est; ut Deum colere; neminem lædere; aut utile in commune, ut usucapio. Executio duabus in rebus cônsistit; *i* pœnâ legi addita; & auctoritate constituentis. Pœnam hîc generalius accipimus, ut & *k* actio eo nomine contineatur, quam adversus aliquem instituimus. Auctoritas constituendi penes quos sit, ostendit juris distributio. Jus triplex, *l* naturale, gentium, civile. Naturale est, quod *m* natura omnia animalia docuit, id est, quod in natura omnium animalium ita expressum est, ut non hominum sit proprium, sed similitudine quâdam hominibus cum brutis commune; ut maris & fœminæ conjunctio; sobolis procreatio, educatio; sui *n* defensio. Jus gentium est, quod *o* naturalis, id est, recta ratio inter omnes homines constituit, cujus reliqua animantia nullam, ne per similitudinem quidem, communionem habent. Id duplex; aut natum à principio & hominibus ingenitum, ut erga Deum pietas, religio; erga homines charitas, amicitia: aut *p* ortum postea & necessitate cogente expressum; cujus generis sunt commercia, distinctio dominiorum, jura belli. Jus civile est, quod quisque *q* populus nullius imperio subjectus sibi constituit, aut addendo aliquid juri communi, aut detrahendo, nec enim in totum ab eo recedere licet. *r*

† *Legem oportet esse sanctam & justam. c. erit. dist. 4. impia & iniqua pro lege non est habēda. Bart. ad l. ult. C. si adv. jus vel util. publ. Præclarè. Cic. 1. de leg.*

i Quæ pars legis sanctio dicitur l. sanctio. ff. de pœn. & in hoc jus publicum distat à Philosophorum traditionibus, quæ intra nuda præcepta consistunt.

k Non tantùm, quæ pœnæ, sed etiam quæ rei persequendæ causâ comparata est: utraque enim ad executionem hanc pertinet.

l l. 1. §. pen. & ult. ff. de just. & jur. §. ult. inst. eod.

m Inst. de jur. nat. gent. & civ. in pr. hoc jus non ex utentium qualitate, sed ex facto æstimatur: quod quæ hujus juris sunt, eorum sensu ac desiderio etiam bruta afficiantur adinstar desiderii humani. ut Tull. in Lalio. *n Nihil altius natura animalibus omnibus insevit: unde inter ea, quæ hujus juris sunt, primo loco ponitur à Cic. 1. offic.* *o Idcircò & ipsum naturale passim tum à IC. tum à Philosophis appellatur: & utrumque uno nomine commune. l. 6. & 9. ff. eod.* *p Hoc secundarium, illud primævum vulgò dicitur. Exempla utriusque in l. 2. 4. 5. ff. eod.* *q Aut qui eam potestatem à populo acceperunt. Sin populus alterius imperio paret, non plus juris hîc habebit, quam is, cui paret, concesserit. l. deprecatio ad l. Rhod. Statuta tamen condere non prohibetur, quatenus juri communi non adversentur. l. ult. de coll. & corp. l. 3. §. divus de sep. viol. adhibe Schneidew. ad §. 1. & 3. num. 14. inst. de jur. natur. gent. & civ.* *r d. l. 6. ff. de just. & jure. §. pen. inst. de jur. nat. gent. & civ.*

CAP.

CAP. II.

De Jure Civili Romanorum.

JUs Civile Romanorum eſt, quod populus Romanus ſibi conſtituit. Id verè jus eſſe ex definitione ſuprà à nobis poſita intelligitur. Species hujus juris duæ; *s* ſcriptum; & non ſcriptum; ſive lex;& conſuetudo. Legis vocabulum omnes *t* partes juris ſcripti complectitur. Hæ ſex; lex,in ſpecie ita dicta; plebiſcitum,ſenatuſconſultum; prætorum edicta; reſponſa prudentum; principum conſtitutiones. Lex eſt,quod univerſus populus Romanus, ſenatorio *u* Magiſtratu *x* interrogante veluti conſule,pretore,dictatore,conſtituebat. Plebiſcitum *y* eſt,quod plebs ſcivit,plebeio *z* magiſtratu, veluti tribuno, interrogante. Quod ab initio quidem ad univerſum populum obligandum vim nullam habuit, ſed poſt † leges Horatiam,Publiliam, Hortenſiam habere cœpit. Senatuſconſultum eſt,quod ſenatus jubet atque conſtituit,ad quem *a* neceſſitas ipſa curam reip. deduxit. Prætorum *b* edicta ſunt, quæ prætores proponebant, adjuvandi vel ſupplendi vel corrigendi juris civilis gratiâ. Reſponſa *c* prudentum,ſunt ſententiæ & opiniones eorum,quibus de jure reſpondendi poteſtas erat. Principum pla-

s d.l.6. ff. & §.3. inſt. eod. Tota legis eſſentia conſiſtit in apertâ legiſlatoris ſuffragio. l. 32. in fin. de legib. eſt igitur diviſio ex adjuncto.

t Lex eſt, quæ ſcripto ſancit, quod vult. Cic. 1. de leg. & ita paſſim à noſtris uſurpatur. Nonnunquam latior eſt ejus ſignificatio, ut cum lex naturæ dicitur, pro jure.

u Ferebantur leges comitiis centuriatis à magiſtratibus, penes quos erant majora reip. auſpicia: neque tamen ab omnibus, ut obſervavit Nic. Gruch. lib. 1. de com. Ro. 3. *x Niſi populus aut plebs rogaretur, nullum populi aut plebis juſſum fieri poterat. vid. A. Gell. lib. 10. cap. 20.* *y Plebiſcita tributis comitiis fieri ſolita conſtat, cum centuriata à plebejis magiſtratibus vocari non potuerint. Id. Gruch. lib. 2. c. 2. quem ſcriptorem antiquitatis ſtudioſis vehementer commendo.* *z Tribuni & ædiles proprii plebis magiſtratus erant, ſed ædiles leges tuliſſe non legimus.* *† Liv. lib. 3. & 8. & Flor. in epit. 11. Gell. 15. 27. Ita factum eſt, ait Pomp. ut inter legem & plebiſcitum ſpecies intereſſet conſtituendi, poteſtas a. eadem eſſet. l. 2. §. deinde de orig. jur.* *a Teſte Pomp. d. l. 2. d. §. deinde. Eodem fortè pertinet illud Modeſtini in l. pen. de leg. omne jus aut conſenſus fecit aut neceſſitas conſtituit, aut firmavit conſuetudo.* *b Papin. jus prætorium diſtinguit à jure civili, [...]eris nomen ad eam ſpeciem juris coarctant, quod conſtitutum eſt à populo aut iis, qui vicem populi in conſtituendi gerunt: quale non eſt jus prætorium, quod juris illius civilis adjuvandi, ſupplendi aut corrigendo potius, quam conſtituendi gratiâ eſt introductum. Hoc jus cum auctoritatem acciperet ab honore prætoris, i. Magiſtratu, honorarium dictum eſt, & annuum exemplo magiſtratus fuit; Portiò hujus juris eſt jus ædilitium. l. 7. ff. de juſt. & jur. § 17. inſt. d. tit.* *c De prudentum reſponſis vid. l. 2. §. his legibus. & §. primus D. Auguſt. de orig. jur.*

cita sive constitutiones sunt id, quod principi placuit. Quæstio de auctoritate constitutionũ sola hodie utilis, de reliquis juris scripti partibus supervacua: quidquid enim ex iis in libris nostris reperitur, pro jure habetur ex *d* confirmatione Justiniani. Constitutionum species *e* tres; edictum, decretum, rescriptum sive Epistola. Edictum *f* est, quod princeps proprio suo motu, ut quid fiat aut non fiat, publicè edixit. Decretum *g* est, quod princeps causâ cognitâ & utrâque parte auditâ pronunciavit. Rescriptum sive Epistola, cum vel de jure *h* consulenti respondet, vel aliquid postulanti indulget. Quatenus quid de jure consulenti respondet, id in *i* omnes, uti & superiora duo, valebit. Sed quod postulanti alicui indultum est, hoc ejus *k* personam non egreditur. Tribus a. de causis accidit, ut rescriptum prorsus non valeat. Prima est, si libellus supplex sive postulatio † mendax fuerit. Secunda, si contra jus vel utilitatem publicam sit elicitum: nisi profit petenti, nec *l* noceat adversario, vel nisi crimen remittatur. Tertia, si nec subscriptio principis, neque consul, neque dies in rescripto appareat. Jus non *m* scriptum sive *n* consuetudo, sunt diuturni mores consensu utentis populi approbati. Itaque consuetudinem

d l.1.§. cum enim. C. de vet.jur.enuc. desumpta a. sunt superiora omnia ex d.l. 7. de just. & jur. & §.1.3.4. & deinceps inst. de jur. nat.gent.
e Hoc non ex Theophilo tantum, sed etiam ex l.1. de const. princ. & §.6. inst. d. tit. satis apertè intelligitur.
f l.hac edictali. C. de sec.nupt. horũ plerumque initium est, Hac perpetuâ valiturâ lege sancimus.
g Exemplum in l. 3. ff. de his quæ in test.del. aliàs decreta dicuntur magistratuum sententiæ pro tribunali pronunciatæ causâ cognitâ, l. 7. de conf. tut. l.9. § 1. de off. proc.
h Sive ipsi litigatores præsentes libellum principi offerant, ut in l 19. ff. locat. §.pen. sive magistratus in re obscura principem per literas consulat, ut in l. 3. §. 1. & 2. de testib.
i l.3 §.divus de sepul. viol. l. humanum. l ult. C de legib. *k l.1. de const princ. privilegium passim vocatur & jus singulare. l. 16. de legib. quia in eo propter personæ alicujus rationem à jure communi receditur. l. 3. de const. princ. Inspici potest Merula noster lib. 1. Synops. c. 2.*
† Voluntas principis aliquid concedentis tacitam illam conditionem semper habet, si preces veritate nitantur. l.7 C. de div. rescr. Inde fit, ut si principi obreptum sit, celatâ sc. veritate, vel subreptum, expresso mendacio, rescripti fructu carere impetrans debeat. l.2 3.4. C. de prec. off. add. l.2. l rescripta. c. eod l. pen c. si cont. jus vel ut. pub. l. si qua. c. de div. rescr. unde more nostro, sicut & Galliæ, jus est Curiæ hujusmodi codicillos inspiciendi, probandiq; aut repudiandi: nec ante vim ullam habent, quam ei rei Curia fundus & auctor facta sit, eerst by den Hove geintérineert zijn, *Merul. lib.2. c.20. rarissime a. nec nisi ex summa gratia, absolutè conceduntur.* *l Quod hactenus tamẽ recipitur si moratoria tantum præscriptio debitori permittatur, quâ exactio differatur ad tẽpus, spacio ad solvendũ debitori dato, l. 2 c. de prec. off.* Brieven van respijt of atterminatie. *quo casu idonea cautio à debitore præstanda. l universa. c. eod.*
m Non quod scribi non possit, sed quod necesse non sit. Utique tamen utile est hoc jus in scripturam redigere, ut litibus & sumtibus probationum occurratur. teste Ant. Fab. ad l. 36. de ll.
n Coustumen: *nam statuta* ofte keuren *sunt pars juris scripti. §. sine scripto. inst. de jur. nat. consuetudo a. lex quædam tacita est, l. 32. de leg.*

hanc

hanc, quæ vicem legis obtinet, duo faciunt, usus *o* populi & longum tempus, quod *p* arbitrio judicis definiendum relinquimus.

o Actuum igitur frequentia exigitur: non utique judicialium, cum per extra judiciales non minus consensus probari possit. Nam quod dicitur in l. 34. ff. de leg. apparet esse consilii, non necessitatis. *p Tralatitium est quod lege definitum non invenitur, id tribus arbitrio judicis. l. 9 c. de bon. auct. jud. ubi Goth. & Cuiac. in parat.*

CAP. III.

De libris juris civilis: & de totius juris auctoritate.

Libri *q* quibus jus civile totum continetur, sunt quatuor; Institutiones; Pandectæ sive Digesta; Codex, Novellæ. Institutiones sunt totius legitimæ scientiæ prima elementa. Pandectæ responsa veterum jurisconsultorum, Codex constitutiones Imperatorias de omni parte juris continet. Novellæ dicuntur novæ Justiniani constitutiones, quæ secutæ sunt Codicem repetitæ prælectionis. Ad libros *r* feudorum quod attinet, satis constat, eos juris illius Romani veteris partem non esse: sed tamen usus omnium ferè nationum publicam iis auctoritatem dedit, Sciendum autẽ est, non quicquid hisce libris continetur, id continuò jus esse: sed tum demum si contrariâ voluntate constituentis non sit *s* mutatum. Tria hic quærenda; quæ jura mutari possint; qui mutare; tum quibus modis. Primùm constat jura naturalia, quę apud omnes gentes peræque observantur, immutabilia esse, ut pote ab *t* æterna quadam lege profecta. Civilia prout cujusq; populi utilitas postulaverit, mutari liberè & abrogari possunt. Secundo potestas mutandi penes *u* eos, quibus est constituendi jus. Hi duo; populus nullius in-

q His libris Iustinianus totius juris civilis auctoritatẽ dedit, quod facere potuit, pro ea potestate, quã Princeps habuit. l. 1. de const. princ. *r Primus Obertus de Orto civis Mediolanensis, in rebus forensibus egregiè versatus, non ut legislator, sed ut interpres descripsit & compilavit consuetudines Feudorum. Floruit sub Frederico I. Barbarossa, qui Conrado III. successit circiter annũ 1154 ut colligere est ex cap. 1. §. in quibus. de consuet. Feud. De origine Feudorum vid. Cont. & VVesemb. in tract. de feud. Cuiac. [illegible] 8 obs 14.* *s Quod postremò populus jussit, id demum jus ratumque est. l. ult. de const. Liv. lib. 7.* *t Ab incorrupta ratione naturali: jus, quod natum est cum hominibus, non excogitatum. Primævum inquam. tametsi n. secundarium difficilius tollitur, quam civile: multa tamen quæ eo jure constituta sunt, sublata videmus, ut servitutes manumissiones §. pen. inst. de jur natur. Sane vero etiam primævum illud temperari potest. Sed non nisi ex justa causa. l. 6. ff. de just. & jur.* *u l. 1. pen. & ult. c. de legib.*

perio parens; princeps sive is, qui vice populi fungitur. Postremò mutatio hæc contingit aut aliâ lege latâ, aut tacito consensu populi, id est desuetudine *y*.

y Non solo non usu. sed usu contrario, indicante rebus ipsis & factis contrariam populi voluntatem. d. §. pen. d. l. 32. de ll. consuetudinis igitur eadem vis est, quæ legis neque hoc negatur in l. 2. C. quæ sit long. cons. sed hæc ejus sententia est; consuetudo rationi contraria non valet: neque inveterati moris tanta est autoritas, ut lege postea latâ abrogari non possit.

CAP. IV.

De legum & juris interpretatione.

SEd etsi id, quod semel scriptum est, posteà mutatum non erit, non tamen statim id, quod scriptum est, pro jure certo & constituto habendum. Lex omnis *z* duabus his rebus constat; verbis; & sententiâ. Verba legis sunt, quibus lex scripta est. Sententia legis, est mens legislatoris, seu id, quod lex *a* sensit & voluit. Hic illud certò tenendum; Ubicunque verba à sententia discrepant sententiam *b* solam esse sequendam. Sententia à verbis absona cognoscitur duobus modis; si aut *c* angustior sit ipsis verbis; aut latior. Angustior quadrifariam deprehenditur. Primùm ejusdem legis exceptione, ubi generalius aliquod *d* exceptio præcedens aut consequens moderatur. Secundò ex ratione, quâ lex utitur: nam hâc cessante, placet legi non esse *e* locum. Tertiò ex æquitate, cujus præcipuam esse rationem in omnibus rebus *f* placuit. Quarto, si quæ lex generalius scripta aliis legibus, *g* species excipientibus temperatur. Latior sententia ipsis verbis triplici ratione agnoscitur; aut ex *h* contrario, cum in re contraria contrarium ejus, quod constituit, lex velle intelligitur; aut ex *i* consequen-

z l. contra. ff. de leg. l. 6. de verb. sig.
a l. 30. 12. ff. & l. non dubium. C. eod. Celsus vim & potestatem legis appellat. l. scire. ff. eod.
b d. l. scire. l. pen. ad exhib. hac de re eleganter disputat Cic. pro Cæcin. & alibi.
c Vulgò restrictiva & extensiva interpretatio.
d Ut in l. si tibi. 20. ff. de reb. cred. & passim alibi.
e l. quod dictum 32 ff de pact. exempla, ut & sequentium, à diligenti lectore facile observari possunt.
f l. in omnibus. 90. de R. I. l. placuit. C. de judic. Benignius a. leges interpretandæ, ad voluntatem legislatoris conservandam, non ad evertendam. l. benignius. ff. de ll. junct. l. prospexit. 12. qui & à quib. man.
g l. in toto. 80. de R. I. l. 26. & seqq. de legib.
h Exemplum in l. 1. vers. hujus. ff. de off. ei. cui mand. sic cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat. l. 22. de ll.
i d. l. non dubium C. de leg. quo pertinet regula juris pontificii. c. cum quid una. de reg. jur. in 6.

tia,

tia, cum lex id vetat, quod positis quibusdam sequitur; aut ex interpretatione, cum ad consequentias proceditur in iis, in quibus eadem *k* ratio est. Modò ne quid contra *l* rationem juris communis introductum sit. Ad similes *m* casus lex producitur aut interpretatione privati, in ratione aperta; aut principis constitutione in ratione obscura. Verùm hæc ita se habent, cùm manifestum est, sententiam legis à verbis dissidere: cæterùm in re dubia melius est *n* servire verbis legis. Sed quid si oratio ipsa obscura sit, & in hac incerta legis sententia? Obscuritas hæc aut est in ambiguitate singulorum verborum; aut in orationis constructione, ubi duæ sententiæ efficiantur; aut in incertitudine rerum aut personarum. Huc igitur omnes regulæ juris, quæ de interpretatione traduntur, accommodandæ. In primis *o* antecedentia & sequentia spectanda: proximè quod sine *p* vitio dicitur: tertiò ad consuetudinem *q* & leges *r* priores eundum: Postremò in dubiis *s* benigniora præferenda.

k l. non possunt. 12. & seqq. de ll. exempla passim obvia: nonnulla etiam peti possunt ex orat. pro Cæcin.

l l. quod verò. 14. & seq. ff. eod.

m d. l. non possunt. & seq. l. 1. c. eod.

n l. 1. §. licet 20. ff. de exerc. act. nec n. aliter à significatione verborum recedere oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse scriptorẽ. l. 69. de legat. 3.

o Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ, aliquâ particulâ propositâ, judicare vel respondere. l. incivile. de leg.

p Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea accipienda significatio est, quæ vitio caret. l. 19. ff. eod. l. 67. de R. I.

q Optima legum interpres consuetudo. l. 37. ff. eod. est n. tacita quædam conventio ejus civitatis, quæ legem tulit. l. 35. eod.

r Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Hoc n. legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque res pertineant quæ quandoque similes erunt. l. 26. & seq. eod.

s l. semper in dubiis. 56. l. rapienda. 168. ff. de reg. jur.

CAP. V.

Juri parendum. non parentibus quæ pœna.

UBi tenemus, quid pro jure habendum sit, tum ut ei obtemperemus, multa efficiunt. Invitos cogit *t* auctoritas constituentiũ: ut sponte velimus: hæc tria hortantur, rei dignitas & *u* præstantia, auctorum *x* sapientia & doctrina, postremò populi *y* consensus. Quæ omnia cum jus civile Romanorum sibi vindicet,

t Hæc vis est & potestas juris civilis. l. 2. circa fin. ff. de leg.

u Quæ quanta sit, sciri potest ex præceptis juris & definitione justitiæ.

x Qui quantum præstiterint cæteris gentibus, & maximè Græcis, tum facile intelligetur, si cum illorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanæ leges conferantur, ut dicebat Crassus apud Cic. 1. de orat.

y Est n. lex communis resp. sponsio. l. 1. 2. de ll.

magna causa est, cur ei *z* parere debeamus. Quid autē si non *a* paretur? Pœnæ nimirum variæ non obedientibus constitutæ. Si prudentes quid contra legē contraxerint, gesserint, egerint, hæc omnia aut ipso *b* jure pro non factis habentur; aut si ipso jure valeant, ut ex his detur actio, ea tamen per *c* exceptionē infirmatur, Si qui deliquerint, pœnæ pro qualitate delicti constitutæ, quæ ex unaquaque specie delicti peti debent. At quid si ignorantiâ quid horum commissum sit? Ignorantia *d* duplex, facti, aut juris. Ignorantia facti est, cū ea facta ignorantur, ex quibus jus oritur. Ignorantia juris est, cum facta sciuntur, sed jus de iis constitutum ignoratur, Facti ignorantia, nisi supina sit & *e* crassa, nemini *f* nocet, neque in damnis neque in lucris. Juris ignorantia nemini prodest. Sed hoc non est perpetuū. Ad delicta quod attinet, ad deprecationem *g* pœnæ nemini patrocinatur, nisi *h* infantiæ proximis. & furiosis. Sed si solius *i* juris civilis ignorantiâ quid commissum fuerit, hîc præterea iis ferè succurri solet, quibus jus ignorare permissum, ut *k* fœminis, minoribus. In contractibus de lucro ita statuimus, in advētitio lucro *l* nemini juris ignorantiā auxiliari *m*, exceptis minoribus & *n* militibus, In damnis refert utrū res jam amissa sit, an quis in amissionem vocetur ejus rei, quam facto suo nondum jure amisit. In damnis rei amissæ neminē juris ignorantia adjuvat *o*: Exceptæ hîc, præter superiores, personæ duæ; mulier, rusticus. In damnis rei ammittendæ *p* nemini prorsus juris ignorantia nocet.

z Sanè primis illis naturæ & rectæ rationis præceptis, ad quam ferè omnia à nostris exiguntur, obtemperandum esse constat. Cæterùm quod attinet ad jus proprium civitatis Ro. hoc ab aliis contemni potest, si quid melius in suis institutis, & resp. sua convenientius habeant.

a *Legi non paret non is solùm, qui facit, quod lex prohibet: sed & is, qui salvis verbis sententiam legis circumvenit. quod qui facit, is fraudem legi facere dicitur.* l. 29 & seq. ff eod

b l. non dubiū C. de legib.

c *Quod accidit quando lex actionem valere patitur, contenta dare exceptionem. ut in S.C. Velleiano & Macedoniano.* d *Utriusque erroris exempla petantur ex l. 1 ff de jur. & fact ign l. 9. C. ad l. Falcid.* e *Quæ excusationem non meretur. l. 6. & 9. §. 2. d. tit. de jur. & fact ign.* f *l. 8. & seq. eod. quibus in locis simul agitur de ignorantia juris.* g *l impunitas 7. C. de pœn.* h *l 5 §. & ideo ff. ad l. Aquil. l. infans. ad l. Cor. de sic. l. pen. in fin. de l. Pomp. de parr.* i *Non eadem est ratio juris gentium, quod naturali ratione omnibus est insitum: eoque hujus ignorantia, veniam non meretur.* k *l. si adulterium, 38. §. 2 ad l. Iul. de adult. l 3. c. de his qui sib adscr.* l *Ne fœminis quidem. d. l. 8. de jur. & fac ig.* m *l quamvis c. eod. l. 9 § filius fa ff eod.* n *In militibus juri. ignorantia generaliter excusatur, propter simplicitatem armatæ militiæ. l. 1. C. de jur. delib.* o *d. l 9 & 10 eod. l 2. in fin de jur. fisc l 1. in fin. de edend.* p *d l. error. 8. Iuris error efficere non potest, ut rem meam amittere debeam, quam nondum amisi. l. 8. & seq. C. eod.*

CAP.

CAP. VI.

Quis finis juris. quid justitia. quæ juris præcepta. quid juruprudentia.

ALterum partitionis superioris membrum superest, ut quid jure illo contineatur & præcipiatur, dispiciamus. Id ex fine juris æstimandum. Finis juris hic, ut *q* suum cuique tribuatur. Hunc finem ostendunt tum *r* definitio justitiæ tum pręcepta juris. Justitia est constans & perpetua *s* voluntas jus suum cuique tribuendi. Præcepta juris sunt, honeste vivere; alterum non lædere, suum cuique tribuere. Primum continet omnem speciem virtutis& honestatis, justitiam, prudentiam, temperantiam, fortitudinem: sed justitiā principaliter, reliquas virtutes, per *t* consequentiam, quatenus nimirum eò spectant, ut justè vivatur. Id indicant duæ sequentes *u* clausulæ, ; quarum prior ad personam, posterior ad res cujusq; pertinet, utraque eò, ut suum quisque obtineat. Horum præceptorum cognitio seu ars hanc cognitionem continens dicitur jurisprudentia: eaque à veteribus definita est *x*, divinarum atque humanarum rerum notitia *y*, justi atque injusti scientia.

q In 12 Tabul. Salus populi suprema lex dicitur, sed enim hoc ipsum justitiam & æquitatem, haud secus, ac umbra corpus, sequitur, ut rectè Mattheac. 1. de via jur. 9.

r Utrumque est in l. 10. ff. & in princ. & §. 3. inst. de just. & jur.

s Iustitia virtus est, eaq; habitus animi voluntarius. Arist. 5. ethic. est igitur hîc metonymia effecti pro causa. idq; fortassis est ad communem captum accōmodatius, quam si proprium genus positum esset, quippe cum unaquæque virtus præcipue spectetur in effectu suo.

t Hone[st]as omnis, quæ jure præcipitur, ad justitiam, tanquam ad summum finem referenda est. S[i] igitur aliquando ut prudenter, aut fortiter aut temperanter quid fiat, legibus cavetur, ut in l. leges sacratiß. C. de legib. l. pen. C. de jur. & fact. ign. l. 3. §. 6. ff. de re milit. l. semper. de rit. nupt. & legibus de adulteriis. omnia hæc eo spectant, ut justè vivat[ur], nemo lædatur, suum cuique tribuatur. unde & justitia sola hîc docetur, sola definitur: re[li]qua virtutes non item.

u Id Cic. docet 1. offic. His verbis: Iustitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis, ut suis.

x Officium hoc necessariò huic arti propositum, ut quærat de rebus divinis & humanis, nempe ad hoc, ut, quæ sunt Dei, Deo, quæ hominum, hominibus tribuantur.

y A Celso in l. 1. de just. & jur. definitur ars æqui & boni, quæ definitio re ipsa eadem est, cum hac Ulpiani: bonum enim illud & æquum versatur vel circa res divinas vel humanas. Definitio hæc est in l. 10. ff. & in §. 1. inst. de just. & jur.

ARNOLDI VINNI JC. JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ
sive
PARTITIONUM JURIS CIVILIS
LIBER PRIMUS.

CAP. I.
De jure divino, & publico.

ADitum ad cognitionem juris civilis patefecimus. Interiora deinceps recludamus, ut adytis ejus omnibus ordine perlustratis, ad finem illũ, quem in ingressu prospeximus, sensim perveniamus. Hîc viam nobis sternit hæc bipartita divisio. Primùm, ut norimus, quid sit suum cujusque, ut id ei tribuatur. Secundò, quã ratione id, quod cujusque est, si sponte non præstetur, ab invitis obtinere liceat. Hoc veteres sentiunt, cum dicunt *a*, jus omne, quo utimur, vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones: cujus divisionis duo priora membra ad juris nostri cognitionem, tertium ad ejus obtinendi rationem pertinet. Sed hujus rei non in omni jure eadem ratio.

Jus aut *b* divinum est, aut humanum. Jus divinum est, quod de rebus ad Deum pertinentibus tractat, & Deo, quæ sunt Dei, tribuit. Dei quædam sunt proprietate & dominio, alia Deo debentur. Proprietate & dominio Dei sunt *c* universa. Sed hoc non eò spectat, ut quid horum *d* Deo tribuamus, quo fine cujusque privati proprium quid esse dicimus: sed ut

a *Gajus l. 1. ff. de stat. hom. §. ult. inst. de jur. nat. gent. & civ. quo etiam pertinet illa Ulpiani partitio in l. ult. ff. de legib. Totum jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo.*

b *Hæc distinctio ore filii Dei confirmata est Matth. 22.*

c *Deuteron. 10. vers. 14. Psalm. 24. in pr. item 115. vers. 15.*

d *Quippe qui autarkes nihil indigeat eorum, quæ ipse filiis hominum utenda fruenda dedit, Psalm. 50. vers. 19. & d. Psalm. 115.*

disca-

discamus *e* omnia, quæ ad præsentem vitam pertinent, ab eo solo petere, cujus est ea largiri, eiq; à quo illa accepimus, honorem habere & gratiã. Debentur Deo item *f* omnia: at non omnia præstanda. Præstanda duntaxat, quæ *g* exigit. Ea sunt duo; vera Dei *h* cognitio; cogniti dilectio & cultus. Cognitio in eo, ut certi simus de ipsius potentia, sapientia, justitia, bonitate & misericordia. Dilectio, ut eum amemus ex toto corde, ex tota anima, ex tota cogitatione, & ex omnibus viribus nostris. Cultus positus in pura nominis ejus invocatione, gratiarum actione, legitimo usu Sacramentorum. Legis hujus violatæ pœna à Deo æternum exitium: à Magistratu justa coercitio contemptus Dei & *i* blasphemiarum. Cæterùm vera divini juris cognitio non aliundè, quam e sacris scripturis petenda.

Jus humanum aut publicum est, aut privatum. Publicum est, quod ad *k* statum reip. spectat. Rerum juris publici genera duo; primum earum, quæ propter se publice habentur, & sine quibus respub. nec constitui potest; alterum earum, quæ propter aliud reip. comparantur. Generis prioris species duæ. Prima *l* sobolis legitimæ procreatio. De hac cura publica duplex; & ut *m* præmio ad matrimonia homines invitentur; & ut nuptiæ *n* legitimæ sint, atque honestæ. Altera species, loca *o* publica, ea nimirum, quorum quidẽ proprietas ad remp. pertinet, usus verò privatorum commodis deservit; ut sunt insulæ, areæ, agri, viæ, itinera publica. Quinimò & sacra publica sunt,

e Matth. 6. Luc. 11. d. Psalm. 50.

f Si nosmetipsos spectamus, pro immensis ejus beneficiis, quæ tam cumulatè gratuitò in nos confert.

g Cætera, ut omnis ethelothreskia, Deo exosa, qui obsequium requirit, non sacrificium. 1. Sam. 15.

h Cognitio præcipitur Iohan. 17. 3. Dilectio Deut. 6. Mat. 22. Cultus in genere Deut. 6. & 10. Mat. 4. Invocatio iisdem & aliis innumeris locis. Gratiarũ actio Deut. 8. Ps. 50. Usus Sacramentorum, Baptismi quidem Mat. 28. Cœna Luc. 22. Hæc omnia in cultu Dei, si ad finem suum referantur. Finis a. mandati est, teste Apost. 1. ad Timot. 1. Charitas ex puro corde, & conscientia bona, & fide non simulata.

i Iuxta Nov. ut non luxur. hom. 77. §. 1. De pœna blasphemiæ vid. Clar. lib. 5. §. blasphemia. Dambond. cap. 6. prax. crimin. n. 10. Pet. Greg. 33. Syntag. 12. Deus ipse blasphemos vult lapidari. Levit. 24.

k l. 1. §. 2. ff. §. ult. inst. de just. & jur. Hoc jus ita ad salutem totius civitatis pertinet, ut ex eodem fonte etiam privatorum salus derivetur.

l Quod Pomp. significat in l. 1. ff. sol. matr. & apertè testatur Horat. in arte Poet.

m Ut factum est legibus Iuliis de marit. ordinib. Huc pertinet immunitas à pœnis cœlibatus, jus trium liberorum, de quo multa scitè Duar. 1, disp. 40. excusatio à munerib. publicis in pr. inst. de excus. adi indicem legum Rom. Hot.

n De quib. inst. ff. & C. in tit. qui ad jura nupt. pertinent. Hæc cura vel idcirco maxima esse debet, quia ipsius vertitur existimatio civitatis, cujus interest incestâ & propudiosâ sobole non repleri.

o l. 2. in princ. & §. 1. & §. merito. ff. ne quid in loc. pub.

usu

usu tamen *p* sacro, non profano. Sed utrumque hoc genus ita publici juris est, ut etiam privatam utilitatem ex parte contineat. De quo suo loco in explicatione juris privati uberius dissereremus. Alterum genus est earum rerum, quæ non propter se ad remp. pertinent, sed publicorum incommodorum & malorum avertendorũ causâ comparatæ sunt. Incommoda aut à Deo, aut ab hominibus. A Deo ira. inde civitatum eversiones. Ad hanc placandam jura sacrorum & sacerdotum comparata: apud Christianos *q* jejunia & publicæ preces. Ab hominibus duplex detrimentum; externum; internum sive domesticum. Externum ab hoste publico: cujus rei gratiâ jus *r* militare inventũ. Internum triplex; ex maleficiis; ex civium inter se controversiis, ex miserabilium personarum neglectu. Maleficia in primis coërcenda, cum ad vigorem publicæ disciplinæ supplicia *s* pertineant. Ad lites sopiendas inventa *t* usucapio, & judicia, quæ hac parte ad jus publicũ omninò referenda. Miserabilium quoque personarum ratio habenda: ut sunt pupilli, adolescentes, prodigi, furiosi, mente capti, inopes, valetudinarii, surdi, muti, cæci. Hinc tutela & cura, munera publica. Hinc *u* nosocomia, prochotrophia, orphanotrophia & similia loca in omnibus benè ordinatis civitatibus constituta. Ad hæc omnia administranda duo necessaria; defensores; item res, quas ea defensio exigit. Defensores sunt *x* magistratus & præfecti, quibus reip. cura in aliqua parte commissa est. Res ad defensionẽ eam pertinentes aut sunt propriæ civitatis; aut ei debentur. Civitatis proprius est fiscus: sic appellatur pecunia publica, ad publicos sumptus faciendos comparata. Debentur reipub. à civibus duo; opera, & pecunia. Opera in honoribus gerendis, muneribus obeundis. Pecunia, ut cives vectigalia & tributa solvant, & si quæ sunt aliæ pensitationes publicæ. *y*

p Unde quod in loco sacro positũ est, sive id officiat publico usui, sive non, tollendum est, propter religionem. d. l. 2. §. si quis.

q Cujus rei illustre exemplum Ninivitarum extat apud Ionam Prophetam.

r De hoc jure tit. est in ff de re milit. relatus inter ea, quæ sunt juris publ.

s l. locatio. 9. §. quod illicitè, 5. ff. de public.

t l. ult. ff pro suo. l. 1. de usuc. Cicero finem sollicitudinis & periculi litium vocat pro Cæcin.

u Tit de Episc. & cleric. in Cod. & l. ult. C. de SS. Eccles.

x Vid. Cic. 3. de legib. Hinc in magistratibus jus publicum consistere dicitur in l. 1. §. 2. ff. de just. & jur. De jurisdictione magistratuum dicendum erit inter judicia.

y De jure fisci, de munerib. & honorib. de vectigalib. & public. pensitationib. tractatur in ff. lib. 49. & 50. & in Cod. trib. posterioribus.

CAP.

CAP. II.

De jure privato.

HÆc obiter de jure publico. Nunc in jus *z* privatum, cujus solius tractationem suscepimus, considerationem intendamus. Jus *a* privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet, & cuique privato, quod suum est, tribuit. In hoc jure via illa duplex superior calcanda. Prima, *b* quâ ad istius cognitionem itur: altera, quâ cognitum illud ab invitis obtineatur. Quod cuiusque est, id duplex; aut *c* proprium ejus; aut quod ei ab aliis *d* debetur. Ratio docendi hæc nobis ineunda, ut ad notitiam juris cujusque remedia *e* obtinendi ejus adjungamus. Et generaliter in omni parte juris hunc naturæ ductum ex veterum præscripto sequemur, ut initio ab ortu juris cujusque facto, progrediamur ad effecta, ac tandem in occasum ejus atq; interitum desinamus. Quod proprium cujusque est, id consistit aut in *f* persona ejus, aut in rebus extra personam positis. In persona sunt ea, quæ personæ cujusque tributa sunt; ut vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Quid sit vita, quid incolumitas corporis, satis notum. Libertatis est, ea facere, quæ velis. Existimatio *g* est illæsæ dignitatis status, legibus moribus comprobatus. Vitam cujusque esse maximè propriam constat: unde adversus eos; qui hanc adimunt, pœnæ gravissimæ legibus *h* constitutæ. Sed & tria reliqua non minus à natura cuique tributa esse,

z In hoc jure maximam juris civilis partem consistere arguit numerus librorum, quos occupavit, & ob hanc fortasse causam Cic. lib. 1. de orat. ex solius privati juris peritia jurisconsultum definivit.

a l. 1. §. 2. ff. & §. ult. inst. de just. & jur. per consequentiam etiam ad corp. utilitatē refertur. §. sed hoc. inst. de his qui sui vel al.

b Hunc ordinem natura ipsa suggerit: prius enim nosse oportet, quid sit nostrum, quam ut de eo obtinendo laboremus, illud sine hoc intelligi potest, hoc sine illo non item.

c Dominium puta aut jus aliquod in rem ut emphyteusis, servitutes prædiis jam imposita & acquisita.

d Quod quidem propriè nostrum nondum est. sed effectu juris perinde habetur, ac si nostrum esset. l. 15. de reg. jur. unde non tantum à nostris, sed ab omnibus probatis auctoribus nostrum dicitur. l. 2. quod cert. loc. l. 7. de cess. bon. Cic. pro Cæcin. & alib. sæpe. add. Hot. 3. obs. 17.

e Ius sc. & facultatem persequendi, quæ juris nostri & bonorum pars est, l. 49. de verb. sig. non ipsam persecutionem & judicium, quod a reb. nostris est separatum.

f Hinc illa præcepta: alterum non lædere, quod ad personam, suum cuique tribuere, quod ad res cujusque refertur.

g Definitio [illegible] al[illegible]. in l. pen. ff. de extraord. cogn.

h Pompeiâ de parricid. Corneliâ de sicariis & ven[illegible]

ex re-

ex remediis, ad ea tuenda jure proditis, intelligere licet. Læditur incolumitas corporis pulsatione, vulneribus: impeditur libertas, cum quis ea facere prohibetur, quæ cuique jure publico conceduntur. Illîc prodita gravis injuriarum *i* actio, civilis & criminalis: Hîc variæ actiones juris nostri persequendi gratiâ comparatæ, & præter has etiam *k* illa injuriarum. Violatur existimatio conviciis, famosis libellis. Hîc præcipuè constituta est eadem injuriarum *l* actio. De qua fusius suo loco.

i §. & 10. *inst. de injur. l. 5. ff. eod.*
k *l. 13. §. ult. §. eod. l. 2. §. si quis in mari. ff. ne quid in loc. pub. l. 25. de act. emp.*
l *De qua præcipuè agitur in inst. ff. & C. sub tit. de injuriis & famosis libellis.*

CAP. III.

De statu & jure personarum: ac primùm de liberis & servis.

SEd hæc ita cujusq; propria, nisi jure vel minuantur, vel adimantur in totum. Id pro conditione personæ cujusq; variè & sæpè contingit. Hinc orta summa illa personarum *m* divisio, ut alii sint liberi, alii servi. Liberi sunt, in quibus est *n* libertas. Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuiq; facere libet, nisi si quid *o* vi aut *p* jure prohibeatur. Servus est, qui servitute tenetur. Servitus est *q* constitutio juris gentium, quâ quis contra *r* naturam dominio alieno subjicitur. Servi fiunt aut jure gentium, aut jure civili. Jure gentium captivitate, origine. Capti ab hostibus statim servi fiunt. Origine, qui ex ancillis nostris nascuntur. Jure civili, distractione, damnatione, in servitutem revocatione. Distractione, qui major 20. annis ad pre-

m *Habetur hæc divisio & quæ sequuntur in l. 3. & 4. ff. de stat. hom. in inst. tit. de jur. pers. & tit. quib. mod. jus pat. pot. solv. §. pœna. & §. 1. de ca. dem. divisio hæc apud nos usum non habet, qui servos non agnoscimus.*

n *A libertate n. liberi dicuntur. §. 1. inst. de jur. pers. effectū à causa, concretum ab abstracto.*
o *Vis factum impedire potest, libertatem, quæ non ex facto, sed ex faciendi facultate æstimatur, non potest. Exemplo sit homo liber vinctus. l. cum hæres 23. §. 2. ff. de acq. poss.*
p *Non eo minus quis liber est, quod pœnarum comminatione prohibeatur ea facere, quæ à publica honestate abhorrent. Præclarè Cic. in Cluentiana. Legum idcircò omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* q *Id est, res jure gentium constituta, causa pro effectu. Nam verbalia in io nonnunquam rem factam significant, ut cum thesaurus dicitur depositio l. 31. §. 1. de acq. rer. dom. obligatio fidejussoris accessio, §. 5. inst. de fidejuss. Hereditas successio, l. 62. ff. de reg. jur.* r *Id est, primævam illam conditionē, quâ homines à natura conditi sunt: neque enim hoc hominum mentibus natura ingeneravit, alii liberi ut essent, alii servirent.*

cium

cium *s* participandum ſe venundari paſſus eſt. Damnatione, ſi liberi in *t* metallum damnantur aut beſtiis ſubjiciuntur. Revocantur in ſervitutem à patrono liberti ob *u* cauſas ingratitudinis legibus expreſſas. Effecta hæc; ut liberi ſuperiorum rerum quatuor plenum jus obtineant, niſi quod in quibuſdam aliquatenus imminuitur: ſervis eorum penè nihil relinquatur. Primùm vita ipſa ſervorum in dominorum eſt poteſtate, in tantum, ut jus vitæ & necis dominis in ſervos jure *x* gentium competat. Sed hoc ad juſtam moderationem *y* jus civile revocavit, ut ne liceat ſervum ſuum occidere, niſi ob cauſas legibus cognitas. Secundò incolumitas corporis tota in dominorum poſita arbitrio; niſi ſi quid *z* aſperius conſtituant. Tertiò in ſervis libertas *a* nulla. Poſtremo *b* exiſtimationis quoque nulla ratio in ſervis habetur.

Ex liberis quoque quibuſdam libertas imminuitur. Hinc illa liberorum diviſio *c*; ut ſint aut ingenui, aut libertini. Ingenui quidam naturâ; quidam jure pro ingenuis habentur. Natura *d* ingenui ſunt, qui liberi nati, nunquam poſtea ſervitutem ſerviverunt. Jure pro ingenuo quis habetur, aut jurejurando, ſi deferente patrono juravit, ſe libertú non eſſe: aut ſententiâ judicis, cum quis colluſione nullâ interveniente ingenuus

s Modò id verè participaverit, & venditus ſit ignoranti cōditionem venditi: poſtremò ſi ignoravit conditionem ſuã, l. 1. quib. ad lib. procl. l. liberum, de lib. ſi cauſ. l. 2. lib. ing. eſs. dic. ſicut benè obſervarit Accurſ. ad §. 4. inſt. de jur. perſ.
t Servi pœnæ dicuntur, §. 3. inſt. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. Juſtinianus nullum ab initio benè natum ex ſupplicio permittit fieri ſervũ, Nov. de nupt. cap. 8. Hinc ſi quæratur, quo jure eſſe debeant, qui in perpetuum ad triremes damnantur, reſpondendum eſt, eos deportatorum jure cenſeri oportere.
u *l. ult. C. de lib. & eor. lib. cauſa expreſſa in l. alimenta. ff. de agn. lib. l. 2. C. eod. tit.*
x *l. 1. ff. de his qui ſui vel. al. jur. §. 1. inſt. eod.* y *Ex conſtitutione Antonini, quæ extat dict. locis.* z *Quævis coërcitio permittitur, dum abſit à lethali vulnere aut intolerabili ſævitia. d. §. 2. l. un. C. de emend. ſerv.* a *Sive de acquirendo agatur, ſive de uſu rerum, ſive de actionibus tum puplicis tum civilibus, l. quod attinet, de R. I.* b *§. ſervis inſt. de injur. quo loco ſervis injuriam poſſe fieri negatur: quæ utique fieret, ſi exiſtimationis eorum ulla ratio haberetur.* c *§. ult. inſt. de jur. perſ. l. 5. de ſtat. hom. Libertas eſt naturale quid & poſitivum, quod diſtinctionem facilè admittit: ſervitus eſt privatio libertatis, quæ cùm per ſe ſit non ens, diſtinctionem recipere non poteſt: cum non entis nulla ſpecies eſſe poßint. Ariſtot. de part. 1. 3. Plutarch. de prim. frig. Planè muneribus & procurationibus ſervi inter ſe differunt. de quib. cognoſcite ex lexic. Hot.* d *d. l. 5. de ſtat. hom. tot. tit. Inſt. de ingen. Mercer. 1. opin. 8. putat definitionem non eſſe univerſalem, cum is, qui in ventre eſt, teſtamento manumiſſus, liber naſcatur, & tamen libertinus ſit, l. 14. C. de fid. libert. in quo mihi labi videtur, cum non naſcatur liber, ſed eod. momento, quo naſcitur, liber fiat, &, ut loquitur conſtitutio, ad libertatem perveniat.*

pronunciatus *e* est: aut beneficio principis & fortasse *f* aliis quibusdam modis. Beneficium principis *g* duplex; jus aureorum annulorum; item natalium restitutio. Jure aureorum annulorum donatus *h*, quantum ad patronum pro liberto adhuc, erga cæteros omnes pro ingenuo habetur. Natalibus restitutus *i* omnia ingenuitatis munia consequitur. At novo *k* jure omnes manumissi etiam citra impetrationem jus aureorum annulorum consequuntur ex ipsa manumissione: salvo tamen jure patronatus.

Libertini *l* sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Duæ igitur res libertum faciunt; justa servitus præcedens; & secuta manumissio. Per justam servitutem intelligimus veram & legitimã, non nudum servitutis *m* obsequium. Manumissio est de manu missio, id est, datio Libertatis. Manumittuntur servi aut invitis, aut volentibus dominis. Invito domino quinque *n* modis. Primùm pro merito aliquo & præmio libertas à præside dari potest. Secundò, qui eâ conditione venditus est, ut manumittatur, ipso jure fit liber Tertiò, si contra conditionẽ ancilla vendita ab emptore, aut recepta à venditore prostituta sit. Quartò qui suis nummis emptus est. Postremò, quem dominus ob gravem infirmitatem pro derelicto habuit. Volens quivis servum suum manumittere potest. Sed hîc cauto opus. Igitur tria hæc spectentur; persona manumittentis, persona manumissi, manumittendi modus. In persona manumittentis hæc: primùm ne facto suo jus alterius lædat. Hinc servus pignori specialiter obligatus, pœnæ addictus, hæreditarius sub conditione legatus pendente conditione manumissionem

e l. ingenuũ, 25. de stat. hom. l. 1. & tot. tit. de coll. deteg.

f Quos omnes plenissimè mihi persecutus videtur Merc. dict. loc.

g De utroque beneficio extant titt. disjuncti in ff. cõjuncti in C.

h l. sed si. 10. §. 3. ff. de in jus voc. l. pen. de jur. aur. annul. De hoc jure vid. Cujac. 7. obs. 14.

i d. l. sed si. §. 3. l. 2. & ult. ff. de nat. rest.

k Novel. ut lib. de cet. 78. §. 1. auth. sed hodie. C. de jur. aur. annul. Idem Justinian. cõstituit, ut allectio in clerum consensu domini facta à servo faceret ingenuũ. No. de sanct. episc. §. si servus.

l d. l. 5. de stat. hom. Inst. de libert. in pr: Homines apud nos libertini nulli, quia nec servi. aliis tamen qualitatibus differunt, nempe quod alii sunt nobiles, qui certis prærogativis & immunitatibus gaudent, alii plebeii.

m Nec obsequium servitutis servum facit, nec manumissio libertinum. l. 2. C. de ingen. man. §. ult. Inst. de ingen.

n Qui legib. seqq. continentur. 1. l. 1. & tot. tit. C. quib. ex ca. ser. pro præm. lib. ac. 2. l. 1. 3. 4. ff. quib. sin. man. & tot. tit. C. si manc. it. alien. 3. l. imperator. ff. qui sin. man. & tot. tit. C. si manc. it. ven. ne prost. 4. l. 4. de manum. 5. l. 2. ff. qui sin. man. ad lib. perv.

non

non *o* recipiunt: ut & *p* irrita omnis manumissio in fraudem creditorum facta. Secundò minor 20 annis causa apud consilium non approbatâ; item minor 18 annis testamento manumittere non *q* possunt. In personâ manumissi, ne venditus sit eâ lege, ut *r* exportaretur, aut ne unquam *s* manumitteretur; ne *t* testamẽto aut à *u* magistratu ob delictum prohibitus manumitti; & in universum, ne ideò manumittatur, ut *x* quæstioni subtrahatur. Modus manumittendi *y* varius; nam & voluntate apertâ procedit manumissio, & facto aliquo, ex quo voluntas intelligatur. Apertâ voluntate; vindictâ, testamento, epistolâ, inter amicos, in ecclesiis. Facto, ut si quis servum suum *z* adoptarit, aut apud acta filium suum nominaverit, & si qui † casus similes, unde voluntas deprehendatur.

Libertorum libertas imminuitur *a* tribus in rebus; obsequio, operis, successione. Obsequium *b* est honos & reverentia patrono à liberto debita. Hoc in faciendo & non faciendo. In faciendo tria. Primùm, ut in omni dicto & facto libertus erga patronum se *c* reverenter habeat. Secundò, quæ cives civibus pro numere publico debent, ea postulanti patrono libertus præstet; ut *d* tutelam, curam. Tertiò, ut libertus dives patronum *e* egentem alat. Posteriora duo negata notâ ingratitudinis adferunt. In non faciendo quatuor Primùm, ne vitæ patroni insidietur, neu manus violentas ei adferat. Secundum, ne famam & existi-

o l. 4. l. pignori. ff. qui & à quib. l. 1. 2. 3. C. de serv. pign. dat. man. l. 8. de man. l. generaliter. §. ult. qui & à quib. In his prohibendæ manumissionis una causa est, læsio juris alieni. *p* Lege Ælia. Sentẽtia impediente libertatẽ Inst. qui & ex quib. ca. excipitur unus casus, de quo in §. 1. d. tit. *q* §. eâdem. & §. ult. Inst. eod. Instit. Nov. 119 c. 2. permissa puberibus eo tempore in testamento manumittere, quo & testari eis conceditur. *r* l. 4. §. in illis. ff. de man. test. tit. C. si serv. ex port. ven. *s* d. l. 4. §. illis. l. ea quidem C. si manc. ita fu. al. *t* dd. legib. & l. 2. C. qui non poss. ad lib. perv. *u* l. servus, 9. ff. de manum. l. ille. §. 1. qui & à quib. *x* l. qui pœna 1. §. 1. & 2. de man. [illegible] prospexit. qui & à quib. *y* §. 1. & 2. Inst. de libert. l. 1. & 2. C. de his qui in eccl. *z* §. ult. Inst. de adopt. l. unic. §. similiq; modo. C. de lat. lib. toll. † Ut si dominus homini libero ancillam suam in matrimonium collocaverit & dotem pro ea dederit. d. l. un. C. de lat. [illegible]. toll. ubi & aliimodi recensentur. *a* Quæ remanserunt etiam post latinam & dedititiam libertatem sublatam, §. libertinorum, Inst. de libert. l. un. C. de lat. lib. tol. l. un. C. de ded. lib. tol. adeoq; post ingenuitatem omnibus manumissis concessam. No. ut. lib. de cat. 78. *b* l 2. [illegible]. licet, in fin. de obs. à lib. *c* l. liberto, ff. d. tit. si secus se gerat, patrono levis coërcitio permittitur. l. prætor. §. 2. de injur: & præterea magistratui, si res p[illegible] justa castigatio, juxta l. 1. ff. de jur. patron. *d* l. ingeatus, ff. de oper. lib. l. pen. & ult. C. de lib. & eor. lib. *e* l. si quis, 5. §. solent. & seq. & l. 6. ff. de agn. lib.

mationem ejus lædat, sive conviciis injuriam ei faciat. Pœna hîc, in servitutem *f* revocatio. Tertium, ne patronum sine *g* venia in jus vocet. Quartum ne *h* actionẽ famosam adversus patronum instituat. Operæ, est † diurnum officium. Hæ neque semper debentur patrono, neque omnis *i* libertus debet, neque debentur *k* omnibus patronis. Debentur operæ, si aut stipulatio, aut jusjurandũ, aut alia *l* conventio in manumissione interposita, de iis præstandis intervenerit. Operæ sunt artificiales, aut officiales. Artificiales sunt certi generis *m* artificii, puta fabriles, pictoriæ, nec patrono debentur, ut *n* patrono, sed ut cuivis extraneo, & ad heredes transeunt. Officiales sunt, quæ debentur patrono, ut *o* patrono, pro commoditate ejus & usu: nec debentur, nisi indictæ. Successio *p* etiam liberti, cui suus heres nec sit, debetur patrono: qui etiam ad contra tabulas bonorum possessionem à prætore vocatur, quotiens non est heres pro debita portione à liberto; qui liberos non habeat, institutus.

f l. 2. C. de lib. & eor. lib. aliquando à magistratu severiùs in eũ animadvertitur. l. 1. de jur. patr.

g l. 4. ff. de in jus voc. pœna hîc 50. aur. quæ patrono læso cedit. l. pen. eod. tit.

h Aut exceptione utatur, quæ doli, fraudis, aut calumniæ mentionẽ habeat: licet ob id edicto non noteτur patronus. l. 2. de obs. patr. & par. præst.

† Hoc est, quantũ quisque interdiu operando efficere potest, l. 1. de op. lib. *i Vid. l. 37. l. liberta. 35. ff. eod. l. nec patronis. C. eod.* *k Non iis, qui ex necessitate obligationis manu miserunt. l. 13. & l. jurisjurandi. §. rescripserunt. ff. eod.* *l d. l. 7. l. operis. 31. ff. eod.* *n Nec enim in commodo personæ consistunt, sed in utilitate pecuniaria. d. l. 6. l. 9. §. . eod.* *o d. l. 9. l. 22. l. 24. eod. proinde nec ad heredem transeunt. d. l. 6. & 9. ad liberos quidem patroni, si non sunt exheredati, transeunt, sed non ut heredes, verùm ut liberos. l. 29. eod. De operis libertorum plenè tractat. Ant. Fab. 1. jurisp. 3. pr. 2. ill. 12. & multis seqq.* *p De successione libertorum titulus est dilucidus & succinctus in Inst. lib. 3. fusior in ff. de bon. lib. unde antiquitatis studiosi plura petere possunt.*

CAP. IV.

De his, qui sui vel alieni juris sunt: tum de patria potestate.

IN ingenuis libertas non omnino illibata, at imminutio, neque tanta, neque omnium, neque unius modi. Ingenui *q* aut sunt sui juris, aut alieno juri subjecti. His annumerabimus & libertos extra patronum. Alieno juri subjecti, qui in potestate

q l. 1. ff. de his qui sui vel. al. jur. in pr. Inst. eod. aut patresfa. sunt, aut filiifa. l. 4. eod.

ſtate *r* parentum maſculorum. Hæc poteſtas quibus modis conſtituatur; quis cõſtitutæ effectus; poſtremò quomodò finiatur, videndũ. Conſtituitur ſive acquiritur quatuor *s* modis; juſtis nuptiis; originis paternæ confirmatione; adoptione; amiſſa item liberorum delicto & ingratitudine recuperatur. Juſtę *t* nuptiæ ſunt, quas vir & mulier ſecundum præcepta legum contrahunt. Præcepta hæc ſpectantur partim in perſonis coëuntium; partim extra eas. In perſonis contrahentiũ requiruntur duo; conditio perſonæ; conſenſus. In conditione perſonæ *u* quatuor ſpectanda; ſtatus; ætas nubilis; ſanguinis conjunctio; affinitas. Statu oportet cives Ro. ſint. ætate mas annorum 14. fœmina 12. Cõjunctione ſanguinis in recta linea inter parentes & liberos in infinitum prohibitæ nuptiæ. Ex latere nec inter eos nuptiæ conſiſtunt, qui parentum vel liberorum loco ſunt. Inter reliquos in *x* quartum gradum conceſſæ: Affinitate à nuptiis arcentur omnes, qui parentum liberorumvè locum obtinent. Ubi conditio perſonæ nuptiàs admittit, tum conſenſus contrahentium eas facit: ut tamen extra contrahentes accedat conſenſus eorum, quorum in poteſtate ſunt. Ex his nuptiis conceptus & natus in patris, qui ſui juris eſt, poteſtate erit: utique niſi manifeſtis indiciis convincatur ex eo natus non eſſe: cujuſmodi *y* indicia ſunt; abſentia mariti per longum aliquod tempus, partus ante menſem ſeptimum editus vitalis; valetudo viri infirma. Hæc ſtrictim, quantum ad intelligendam cauſam hujus poteſtatis: cæterum de toto hoc jure plenius dicetur in loco de *z* contractibus.

Originis paternæ confirmatio eſt, quâ liberi extra nuptias quæſiti, ex iis tamen inter quos *a* connubium

r Gajus & Juſtinianus dict. loc. de poteſtate dominica inculcant inſigni pervergiã, quam hic ytavimus.

s Modi conſtituendæ patriæ poteſtatis arguunt eam eſſe juris civilis, quod & disertè ſcriptum eſt in §. 2. Inſt. de pat. pot. diſtinguenda eſt a. hæc poteſtas à paterno imperio. quod natura lege omnes gentes ſibi uſurpant. Ant. Fab. Iuriſ. 8. pr. 1. Revard. ad. l. 12. Tab. 3. Cæterum poteſtatis hujus pauca apud nos extant veſtigia.

t Inſt. de nupt. in princ. & §. 1. Inſt. de pat. poteſt.

u Quæ omnia diſtinctè traduntur in Inſt. dict. loc.

x Conſobrinorum nuptiæ etiam lege Moſaicâ permiſſæ. gen. 29. & ad hunc uſque gradum ſe extendit prohibitio levit. 18. y Primum & tertium indicium eſt in l. 6. de his qui ſui vel al. juri ſecundum ex ratione l. ſeptimo. 12. de ſtat. hom. colligitur. z Lib. 2. cap. 21. de nupt. & ſponſal. a §. ult. Inſt. de nupt. arcentur ab hoc beneficio liberi nati ex interdicto legib. coitu, quos unà cum patribus etiam appellatione naturalium indignos pronunciat Juſtinianus. No. qu b. mod. nat. eff. leg. cap. ult.

est, jure efficiantur legitimi, patrísque potestati subjiciantur. Id accidit *b* tribus modis; curiæ oblatione; matrimonio posteà cõtracto; rescripto principis. Primum filius naturalis efficitur legitimus patrísque potestati subjicitur, si eum pater Curię *c* civitatis obtulerit, ut inter curiales recipiatur. Curiæ datorum hæc *d* conditio, ut perpetuò munera curialia obeant; iis sine legitima prole defunctis, bona ad curiam redeant. Secundò legitimi fiunt liberi naturales nati ex muliere libera, qui cum pater antè consuetudinem habuerat, si postea *e* matrimonium cum ea contraxerit. Tertiò rescripto principali pater & filii naturales justi fiunt, duabus hisce conditionibus; si nullos alios legitimos pater habeat, & si mater vel mortua sit, vel se subducens matrimonii consummationem impediat. *f*

b Ex quibus duo posteriores modi apud nos etiã hodie in usu. primus exolevit.
c d. §. ult. l. 3. in pr. & vers. pen. C. de nat. lib. Curia in municipiis & coloniis dicebatur, quæ Romæ senatus, & decuriones, qui senatores, l. 239 §. decuriones. de V. S.
d De qua passim in tit. C. de decurion. & tit. C. quand. & quib. quart. par. l. 10. Munus autẽ hoc Curiale adeo fuisse onerosum scribit Briss. 4. antiq. 18. ut Christiani ab Ethnicis principibus pœnæ loco curiis addicerentur, porrò ignorandum non est, curialium appellatione etiam ipsos decuriones aliquando intelligi, l. 39. l. 47. C. de decur. lib. 10. l. 12. C. de episc & cler. *e l. cum quis, C. de natur. lib. d. §. ult. Inst. de nupt.* *f Novel. quib. mod. natur. effic. sui. 89. cap. 9.*

CAP. V.
De adoptionibus.

Filiosfa. non solum natura, verùm & *g* adoptiones faciunt. Adoptio est actus legitimus, quo eum, qui in nostra potestate non est, in locum filii sive nepotis aut deinceps adsciscimus. Adoptionis species duæ *h*; adoptio, specialiter dicta; & adrogatio. Adoptantur ii, idque per magistratum, qui *i* alieno juri subjecti sunt. Considerantur hîc aut personæ, inter quas adoptio peragitur; aut solemnitas & forma adoptionis. Personæ tres, dans in adoptionem, adoptatus, adoptans. Is in adoptionem dare potest, qui filium

g l. 1. ff de adopt. Inst. eod. in pr. Adoptionum apud nos usus nullus, aut certè nulla vis talis, qualis olim apud Romanos fuit.
h d. l. 1. & l. 2 ff eod. §. 1. Inst. eod.
i d. §. 1. & d. l. 2. Hic notandum non esse rarum in jure nostro, ut species, quæ proprio nomine destituitur, assumat nomen sui generis: nam ut hîc nomen generis (adoptio) contrahitur ad speciem, sic alibi hæc nomina, cognatio, actio, injustum, ruptum, irritum. §. 2. Inst. de leg agn. tut. l. actio. 28. de obl & act. §. alio. Inst. quib. mod. test. inf.

in *k* potestate habet. Adoptatus sic rectè datus intelligitur, si & ipse consenserit, vel saltem si non *l* contradixerit. Adoptans ne sit is, qui in perpetuum *m* generare non potest; ut plenâ pubertate, nempe annis 18. adoptatum *n* præcedat; ne bis *o* adoptionem repetat; denique ut sit is, qui adoptatum in *p* potestate habere potest. In forma tria *q*; ut peragatur apud competentem magistratum, penes quem legis est *r* actio; præsentibus iis, qui adoptionem desiderant; acta postremò interveniant. Effectus hic, ut si non sit extraneus adoptans, hoc est, extra lineam *s* parentum; adoptatum in potestate habeat: adoptatus semper jura successionis ab intestato consequatur.

Adrogatio est, cum adoptatur is, qui *t* sui juris est, rescripto principis. Hîc itidem & personæ & forma spectantur. Personæ duæ; adrogandus, & adrogans. Adrogandus ne sit *u* libertus alienus; si pupillus aut adolescens, tutor aut curator *x* auctores fiant. Adrogare quis prohibetur non tantùm ob eas causas, quæ adoptionem removent, sed etiam ob alias, quæ sunt propriæ adrogationis. Earum tres ordines. Primi ordinis hæ; ætas adrogatoris; liberi; delictum præcedens. Ætas adrogatoris, si minor sit *y* 60. annis, nisi conjunctam sibi personam adroget, aut valetudine præpeditus liberorum procreationi operam dare non possit. Liberi, si adrogator vel unum *z* filium habeat,

k §. 2. *Inst. hoc tit. etiam si non naturâ, sed adoptione pater sit. §. in plurimis. Inst. eod.*

l *l. 5. ff. eod. hinc placuit etiam infantem dari posse, quia contradicere non potest. l. 42. eod.*

m *Hæc causa, & quæ proximè sequitur, ex imagine naturæ ducta est, est enim adoptio naturæ quædam similitudo. §. 4. & 9. Inst. eod. l. 23. ff. de lib. & post. cujusmodi similitudines & fictiones in iis tantummodò locum habent, quæ naturâ absque commento fieri possunt. Quæ de re in alia specie eleganter disserit Gomes. 1. resol. cap. 3. num. 3.*

n *l. 40. §. 1. eod. & d. §. 4. Raro fit, ut ante hanc ætatem liberi suscipiantur. leges autem ea, quæ ut plurimum accidunt, considerant. l. 3. ff. de legib.*

o *l. 37. §. eod. Potest tamen pater naturalis filium potestate liberatum adoptare. l. 12. eod. sed hoc non est repetere adoptionem.*

p *Hoc civilem rationem habet. quia adoptio filiosfa. facit. l. 1. eod.*

q *Quæ præscripta sunt l. ult. C. de adopt. sublato veteri ritu per æs & libram.*

r *l. 1. C. l. 4. ff. eod. l. 2. & 3. ff. de off. procons. De legis actionibus vid. lexic. Brisson. & Hotom.*

s *Quod à Justiniano primùm constitutum est. l. pen. C. eod. §. 2. Inst. eod. Olim quævis adoptio jus patris naturalis extinguebat, novumque constituebat in familia adoptiva. l. 23. ff. eod.*

t *l. 2. ff. & §. 1. Inst. hoc tit.*

u *Ne injuria fiat patrono. l. 15. in fin. ff. eod.*

x *l. quod ne. 8. ff. eod.*

y *Hunc n potiùs de liberis procreandis cogitare oportet, quam ex aliena familia in suam accersere. d. l. 15. §. in adrogationib. l. nec ei ff. eod.*

z *Ne aut eorum, quos ex justis nuptiis procreavit, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio sibi parat, aut adoptatus minus percipiat, quam dignum est eum consequi. d. l. nec ei. §. pen.*

nisi *a* fortè furiosum, aut ad generandum ineptum, aut vitæ flagitiosæ. Delictum, si pater adrogare velit filium, quem extra *b* nuptias suscepit. Secundus ordo pertinet ad tutores & curatores, qui *c* prohibentur adrogare eos, quorum tutelam aut curam gesserunt, quamdiu minores erunt 25. annis: Excepti hîc *d* privigni, si à vitrico, qui tutelam aut curam gessit adrogentur. Tertii ordinis causæ, in adrogatione impuberum spectandæ, sunt *e* quatuor, conjunctio, mores, facultates, cautio. Conjunctio, ne quisquam pupillum adroget, nisi quem vel natura necessitudine, vel honesta & pia ratio amore conjunxit. Mores, ut adrogator sit vitæ pudicæ & sobriæ. Facultates, ne ditiorem adoptet *f* pauperior. Cautio, ut adrogator *g* satisdet, hoc est, caveat fidejussoribus datis, si pupillus intra pubertatem decesserit, restituturum se bona illis, ad quod ea res pertinebit. In forma adrogationis *h* tria hæc occurrunt; decretum principis; consensus eorum, inter quos adrogatio peragitur; causæ cognitio apud idoneum magistratum. Effecta hæc; ut adrogatus *i* jura filii, successionem, agnationem, dignitatem adrogantis, in cujus *k* potestatem semper transit, lucretur; ut mortuo adrogato impubere, adrogator restituat omnia bona iis, ad quos citra adrogationem pervenissent; ut decedens eum non exheredet, vel vivus sine justa causa emancipet, nisi *l* quartam partem bonorum suorum ei relinquat, præterea, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei posteà adquisivit.

a d. l. 15. in fin.
b Ne injusta libidinũ desiderra adrogatio aut patrocinium ullum defendat. l. 7. C de nat. lib.
c Ne fortè idcò adrogent, ne rationes reddant. d. l. nec ei. in pr.
d l. 32 §. 1. eod quia vinculum matrimonii cum matre contractũ removet omnẽ fraudis suspicionem.
e Quæ ordine recensentur, in d. l. nec ei. §. 1. & seqq.
f Ne sub obtentu copulanda adoptionis in facultates ejus irruat. l. 2. C. eod.
g l. non aliter. 18. & 2 seq. ff. §. cum autem Inst. eod.
h Primum est in l. 2. ff. & §. 1. Inst. eod. 2. in l. neque absens. & l. seq. §. 1. ff. eod. 3. in d. l. 15. §. in adrogationibus. & in l. 2. & 3. C. eod.
i Quibus & illud consequens, si pupillus adrogatus est, ut & tutela finiatur & substitutio pupillaris. Inst. de tut. in pr. §. also. Inst. quib. mod. test. inf.
k l. 15. & 40 eod. Paterfa. inquit Papin. dando se adrogandum, cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transfert. l. qui ex liberis. §. ult. secund. tab.
l Quod inductum est constit. D. Pii, l. Papinianus §. si impubes. ff. de inoff. add. d. §. cum autem. & seq. Inst. & l. 2. 18. & seqq. ff. hoc tit.

CAP. VI.

Ob ingratitudinem liberos in potestatem parentum revocari, & de effectu hujus potestatis.

Etiam damno libertatis multantur liberi, qui emancipati parentes suos vel *m* acerbitate convitii vel cujuscumque atrocis injuriæ dolore pulsarunt: uno verbo, ingrati. Causæ ingratitudinis, acerbum convicium; atrox *n* injuria: pœna, emancipantionis rescissio, & liberorum in veterem potestatem parentis revocatio. Rescinditur autem emancipatio non ipso jure, sed si pater apud magistratum institutâ actione hoc postulaverit, & magistratus causâ cognitâ filiū, ut ingratū & indignum emancipationē, redire in potestatem parentis *o* jusserit. Potestatis hujus quæsita vim singulæ partes cuiq; tributæ ex quatuor illis propositis, nobis suppeditabunt. Primùm vitæ necisque potestas, ut *p* olim, penes parentes non est. Incolumitas corporis tota in arbitrio parentum: dum ne quid nimis acerbe *q* in filios statuant. In libertate hęc sunt; ut ne alii pareamus; simus, ubi volumus; quæsitum nobis habeamus. At filium omnem reverentiam obedientiamque debere parentibus constat, ne omnia pro libidine agat. Porro ibi *r* morari & habitare tenetur, ubi pater voluit. Quæcunque adquirit, patri cedunt, excepto *s* peculio castrensi & quasi castrensi, & bonorum adventitiorum nudâ proprietate. Sed nec existimationis filii apud patrem *t* ratio ulla, nisi quantum pater hîc concedit. Omnia hæc ferè cum servis communia. Verùm jus civitatis & libertatis in filiò triplex, quod eum præcipuè à servis discernit. Primum,

m *Verba sūt constitutionis, quæ extat l. un. C. de ingr. lib.*

n *Puta si liberi parentibus manus aut attulerint aut intentarint.*

o *Sic enim fieret in causa liberti ingrati, qui in servitutem à patrono repetitur. l. 1. pen. & ult. C. de lib. & eor. lib.*

p *l. ult. C. de pat. potest. l. in suis ff. de lib. & posth.*

q *l. 3. C. de pat. potest. Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. l. 5. de leg. Pomp. de parric.*

r *Si filius recuset, paratum patri interdictum de lib. exhib. itemq; duc. l. 1. & 3. in pr. ff. de lib. exh. paratum & præjudicium, si se filium esse negabit. l. 1. ff. de rei vind. §. præjudiciales. Inst. de act.*

s *§. 1. Inst. per quas pers. nob. acq. apud nos longè a jure civili recessum, ut alibi indicabitur.*

t *In punè n. offenditur a patre convitiis & pulsatione vel quod nulla hic injuria est: vel quod, si qua est, nulla lis inter patrem & filium esse potest, l. 4. ff. de judic.*

quod non ſit in dominio, ſed in poteſtate patris: ideoque nec *u* mancipi. Secundò, quod filius extra patrem omnia *x* gerere, contrahere poſſit, perinde ac ſi paterfa. eſſet. Tertiò, quod jus publicum à filiofa. ſucceptum non ſequitur jus patris. *y*

u l. ſed Celſus, ff. de cont. empt. Uno caſu venditio filii permiſſa, ſi pater nimiâ egeſtate coactus victus causâ eum vendiderit. l ult. C. de pat. qui fil. vend. quo caſu tamen libertas filio non eripitur. *x l. 39 de oblig. & act. l. 57. de judic.* *y l. 9. de his qui ſui vel al. jur. quod eò pertinet, ut in publicis locis atque munerib. patrum jura cum filiorum, qui in magiſtratu ſunt, poteſtatibus collata interquieſcere paululùm & connivere debeant: non ut patrum jura ſtatim ſolvantur. vid. Agell. lib. 2. cap. 3.*

CAP. VII.

Quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur.

SOlutio *z* hujus poteſtatis aut à patre eſt, aut à filio. A patre tribus modis; morte, damnatione, † emancipatione. Mortuo patre liberi, qui in ejus poteſtate ſunt *a*, ſui juris fiunt. At avo mortuo non aliter nepotes ſui juris efficiuntur, quam ſi pater eorum, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus eſt, aut de ſui patris poteſtate exiit. Morti ſimilis eſt *b* damnatio, quâ parenti vel libertas, vel civitas adimitur. In emancipatione duo exigimus, conſenſum patris & filii, item ſolemnitatem. Invitus *c* nemo filium emancipare cogitur; niſi adrogator interdum impuberem aut *d* adoleſcentem adrogatum; parens is, qui contra pietatẽ *e* aſperiùs filium habuerit, aut qui *f* leno pudicitiam filiæ proſtituat; is quoque, qui legatum hac *g* conditione, ut filios emanciparet, relictum agnovit. Nemo item *h* invitus emancipatur: quia ſæpe magis expedit in poteſtate manere, propter jura ſuorum heredum: & ut magis expediat emancipari, beneficium tamen invito non datur. A filio liberatio hæc contingit,

z Moribus apud nos receptum eſt, ut etiam nuptiæ filii, item ætas 25. annor. per ſe quod reliquũ apud nos eſt poteſtatis patriæ ſolvant. *† Cujus uſus apud nos nullus, ſicuti acceptũ à viris conſuetudinis moriſq; noſtri peritis.* *a Inſt quib. mod jus pat. poteſt ſolv. in pr.* *b § 1 & 3. Inſt d. tit. l 17. ff de pœn.* *c l nõ poteſt. 31, de adopt. §. ult. Inſt. d. tit.* *d Si nimirum in adrogatione ſit circumventus, quo caſu reſtitutionem poſtulare ex edicto poteſt l. 3. § ſi quis ff. de min. impubes etiãſi circumſcriptus non ſit, auditur, ſi pubes factus emancipari deſideret; l. 32. & ſeq. de adopt.* *e l ult. ff. ſi à par. man.* *f l. ſi lenones, C. de epiſc. aud. l ult. C. de ſpectac. & ſcen. len. lib. 11.* *g l. ſi cui 92. ff. de cond. & dem.* *h Nov. quib. mod. pat. eff ſui. §. generaliter, add. l. 2. ff. de his qui ſui vel. al. jur. l. invito. 69. de R. I.*

git, aut damnatione, aut dignitate. Damnatione, ut si in metallum sit damnatus, deportatus in insulam, aut quâ aliâ ratione libertatem aut civitatem *i* amiserit. Consequens idem omninò in eo, qui captus est ab hostibus, uti & in parente, nisi lex *k* Cornelia & jus postliminii impedirent. Dignitate liberantur hac potestate *l* patricii, episcopi, & nonnulli alii. In solemnitate hæc duo; ut aut rescripto principis quis emancipetur absens; aut præsens apud magistratum. *m*

Liberatio hæc per se & perpetua est, & extrinsecus quædam adfert. Nemo semel vinculo hujus potestatis exutus *n*, invitus ad eam redire cogitur; nisi per *o* ingratitudinem; vel si pater damnatus in integrum à principe *p* restitutus sit. Sublatâ potestate omnia patri adimuntur, quæ potestas hæc illi tribuebat. Soli emancipatori dantur hæc duo *q*, retentio dimidiæ partis ex usufructu bonorum adventitiorum filii, quem antè totum habebat, item ad exemplum patroni, si non sit institutus, contra tabulas testamenti filii bonorum *r* possessio. Filius quæcunque beneficio hujus potestatis obtinebat, ea fere omnia amittit. Et quidem finitâ patris adoptivi potestate, nullū ex pristino *s* vestigium retinetur, præter jus illud successionis patri emancipatori exemplo patroni datum, & quod filio impuberi absque justa causa emancipato tributum esse suprà diximus, in bonis patris adrogatoris. At potestate patris naturalis solutâ, jura sanguinis nihilo-

i d.§.1.& 3. Inst. quib. mod.pat.pot. solv. Nam cum hæc potestas propria sit civium Ro. sequitur, nec eum, qui civis sit, non civē, nec qui civis non sit, civem Ro. in potestate habere posse. §.2. Inst. de pat.potest.

k Lex Cornelia ejus, qui captus apud hostes mortuus est, actiones perinde ratas habet, ac si eo momento, quo captus est, animam exhalasset. Postliminium omnem captivitatis memoriam ita extinguit, ac si semper in civitate mansisset. l. lege. ff. qui test. fac. §.ult. Inst.eod. §.si ab hostib. Inst.h.tit. l.5.12.19. ff.de capt.& postl.

l §.4. Inst.eod. l.ult. C.de consul.lib.12. Nov.81.

m l.jubemus.& l.ult.C.de emanc.lib. sublatâ antiquâ emancipationis fabulâ. de qua in d.l. ult. & §.præterea. Inst.hoc tit.

n l.ult. ff. de his qui sui vel al.jur.

o De qua dictum est cap. superiore.

p Restitutio duplex: generalis sive communis: & specialis sive plena. illa strictè accipitur, ut pœnæ tantum gratiam faciat, & reditum in patriam concedat: Hæc & dignitatem & fortunas & jus patriæ potestatis continet: si nimirum concepta sit in infinitum Restituo te in integrum. l. 2. 4. 5. C. de sent.pass. l.1. 3.& 9. C.eod.

q §.hoc quoque Inst.per quas pers.cuique acq. l.cum autem. C.de bon.quæ lib.

r l.1.in pr.ff.si à par.man. Proinde legendus tit. Inst.de succ. lib. hoc tamen inter patronum & emancipatorem interest, quod à patrono solo operæ imponi possunt. l.pen.de obs & quod jus successionis etiam liberis patroni tribuitur. l.1.§. pen. si à par. man. denique nec actio Fabiana locum habet, si ab emancipato quid fuerit alienatum. l. 2. d. tit.

s l. in omni. 13. de adopt. §. adoptivi. Inst. de exh. lib. l. 6. de senator.

minùs retinentur, & filii emancipati non secus, ac cætèri liberi, qui in potestate remanserunt, ad successionem parentum suorum vocantur *t*.

t Vocantur n. à prætore ad bonor. possessionem, quæ effectu juris nihil aut parum differt ab hereditate. §. 3. Inst. de exh. lib. §. 9. Inst. de hered. quæ ab intest. Iure authentico etiam heredes fiunt. No. 118.

CAP. VIII.

De conditione eorum, qui sunt sui juris: De tutelis.

RESTAT alterum genus hominum, in quo sunt ii, qui sui juris esse dicuntur. & horum quibusdam libertas *u* imminuitur. Imminutio * à rectoribus tum bonorum, tum morum. Rectores bonorum duo, tutores, & curatores. Eorum, qui mores moderantur, par numerus, seniores propinqui, magistri. Senioribus *x* propinquis emendatio permittitur minorum, sed quæ intra juris patrii metam contineatur. Magistro docenti levis *y* castigatio in discipulos concessa. Cæteri, qui alienæ administrationi aut emendationi obnoxii *z* non sunt, pleno jure liberi habeantur. Sed de tutoribus & curatoribus amplius cognoscendum.

Tutela † est vis ac potestas in *a* capite libero, ad *b* tuendum eum, qui per *c* ætatem se ipse defendere nequit: jure civili data ac permissa *d*. Eam, qui obtinent, tutores vocantur. Tria hic quærenda; quibus personis tutela constet; quomodo deferatur; delatæ & susceptæ quæ vis ac potestas. Personæ, quibus tutela constat, duæ; is, qui in tutela est; tum is, qui eam obtinet. In eo, qui in tutela sit, hæc tria concurrere debent; ut sit ætate impubes; conditione personæ

u Quo pertinet divisio Iustiniani in pr. Inst. de tutel.

** Hæc imminutio neque tanta est, ut qui eam pati coguntur, idcirco dici debeant non esse sui juris, & exitu ipso non tàm ad imminutionem, quàm ad amplificationem pertinet.*

x l. unic. C. de emend. propinq. lib. 9.

y l. 5. §. ult. & l. seq. ff. ad leg. Aquil.

z Qui superioribus cognitiis ignorari non possunt, ex vi & natura contrariorum.

† Definitio est Servii. l. 1. ff. de tutel. §. 1. Inst. eod.

a Hæc verba ad tutorem an pupillum referas parum refert.

b Potestas patria & dominica patris & domini causâ, ad quos fructus ejus redit, comparata est: hæc pupillorum gratiâ constituta: hæc personæ curandæ & tuendæ, illa etiam potestatis in personam exercendæ. Ex quo intelligitur, quatenus recipiendum, quod Ant. Fab. identidem inculcat, tutorum potestatem nihil aliud esse, quam productionem quandam & continuationem potestatis patriæ.

c Quæ adjectio pupillos distinguit ab iis, qui rebus suis superesse non possunt ob alias causas, de quib. posteà.

d Datur iis, qui jure ipso ad tutelam vocantur. l. 5. de leg. tut. permittitur ea, quæ priùs data est aut testamento. §. 3. Inst. eod. aut à magistratu, in pr. Inst. de Att. tut.

civis Ro. postremò sui juris: uno verbo *e*, pupillus. In tutore, ut tutelam obtineat, duo desiderantur; ut rectè cœperit in eo tutela, & cœpta perseveret. Ut rectè cœperit, tribus in rebus positum; ut persona, cui defertur, sit idonea; ut ei deferatur quibus modis oportet; ut delatam suscipiat. Tutores esse possunt omnes, qui non impediuntur. Impedimentum vel à natura, vel à jure. Naturâ impediuntur, qui vel ob *f* ætatem vel morbum *g* animi aut *h* corporis tutelæ officiò rectè fungi non possunt. Jure prohibentur servi *i*, deportati *k*, fœminæ *l*, miles *m*, creditor debitorvè pupilli. Ex fœminis exceptæ *n* mater & avia duabus hisce conditionibus, si inter gesta secundis nuptiis, & SC. Velleiani auxilio renunciaverint: ac tum ne debito quidem aut credito impediuntur, quo minùs filiorum aut nepotum suorum tutelam gerant. Præter hos reliqui omnes, sive patresfa. sint, sive filiifa. *o* ad tutelam admittuntur. Defertur tutela tribus modis; testamento; lege; à magistratu. Hinc illa tripartita tutelæ tutorumque divisio; ut alii dicantur testamentarii; alii legitimi; alii peculiari verbo dativi. De quibus singulis separatim.

e l. 239. ff. de V.S. idque ex ea distributionum serie facile colligi potest, quam hactenus secutus sum.

f Ut minores 25. annis. l. ult. C. de leg. tut. §. item major. Inst. de excus.

g Furiosi, dementes. l. 11. ff. eod. §. 2. Inst. qui test. tut. his & prodigi annumerantur. l. 6. de verb. obl.

h Ut sunt muti & surdi. l. 2. §. 2. & 3. ff. eod. luminibus capti arg. l. 3. C. qui dar. tut.

i Servi & deportati ideo, quia è numero civium Ro. tolluntur. l. 22. de test. tut. l. 17. §. 1. de pœn.

k Quia tutela munus masculorum est. l. ult. ff. eod. & ultra sexum fœmineæ infirmitatis officium. l. 1. C. quand. mul. tut. l. 2. de R. I.

l §. 14. Inst. de excus. l. 4. C. qui dar. tut.

m Quod jure veteri prohibitum non fuit, l. 5. 9. §. 1. de adm. tut. l. 8. C. qui dar. tut. sed à Inst. primùm constitutum. auth. minoris. C. de tut.

n Auth. matri & aviæ. C. quand. mul. tut. off. & auth. adhac. eod.

o Tutela n. munus publicum est, in quo filiusfa. non sequitur jus patris. l. pen. de his qui sui vel al. jur.

CAP. IX.

Genera tutelæ exposita. De testamentaria tutela.

TEstamentaria tutela est, quæ testamento legitimè delata est. Duo hîc consideranda; potestas dandi; & voluntas. In potestate dandi insunt hæc quatuor; persona dantis; ejus, cui datur; tutoris dati; & forma dandi. Ad primum & secundum quod attinet,

net, solis *p* parentibus permittitur liberis *q* impuberibus, quos in potestate habent, sine discrimine sexus aut gradus, testamento tutores dare: ut tamen avus nepotibus suis non aliter det, quam si post mortem ejus in potestatem *r* patris sui non sint recasuri. In tutore dato exigitur, ut sit *s* idoneus. Removentur igitur omnes, quos aut naturâ aut jure impediri supra diximus: ita tamen, ut si ejusmodi persona sit, cujus conditio *t* mutari possit, sub conditione rectè detur, cum sublato impedimento idoneus factus fuerit. In forma & modo sunt hæc; ut testamento aut *u* codicillis testamento confirmatis detur; ut detur *x* personæ, non certæ rei; purè detur, an sub conditione, ad certum tempus, vel ex certo tempore *y* nihil interest. Voluntatis quæstio ferè duplex; una est, in qua quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. ubi hæ definitiones tenendæ. 1. Pronunciationem sermonis in sexu *z* masculino ad utrumque sexum porrigi. 2. Si pater filiis suis tutorem dederit, tam filiis posthumis †, quam jam natis, non item *a* nepotibus dedisse videri. 3. Si liberos *b* dixerit, etiam nepotes, cæterosque qui ex his descendunt, complecti voluisse. 4. Appellatione posthumorum tam filios posthumos, quam nepotes & deinceps *c* inferiores contineri. In altera quæritur, si non idoneus purè datus fuerit, an datio ex mente testatoris valere debeat, quasi sub conditione datus sit, cum idoneus esse cœperit. & placuit *d* valere. In servo proprio tutore

p §. permissum. Inst. de tut. l. 1. ff. h. tit.

q Non institutus tantùm, sed etiam exheredatus. l. 4. ff. eod.

r Puta si pater aut mortuus est, aut per emancipationẽ exiit de potestate patris sui. d. l. 1. §. ult. eod.

s Nam quod Paulus ait in l. 21. eod. dari posse, cum quibus testamenti factio est, non sic est accipiendum, quasi omnes possint, sed soli.

t Qualis est minor, furiosus, servus. §. furiosus. Inst. qui test. tut. dar. l. 11. ff. de tut. l. 10. ff. hoc tit.

u l. 3. eod. hereditate nondum aditâ alius tutor à magistratu interim datur. d. l. 10. eod. §. 1. Inst. de Attil. tut.

x l. 12. 13. 14. ff. & §. 4. Inst. hoc tit. universo tamen patrimonio alicujus loci rectè datur. l. 15. eod.

y §. 3. Inst. l. 8. §. 1. & 2. ff. eod. quod sumptum ex verbis leg. 12. tab. uti legassit &c.

z l. 16. ff. eod. l. 1. & l. pronunciatio 195. ff. de verb. sign.

† §. ult. Inst. l. 5. eod. qui in utero est, pro jam nato in commodis habetur. l. 7. & pen. de stat. hom.

a l. 6. ff. & d. §. ult. eod. Cæterùm ubi manifesta est mens loquentis, puta si quis nepotes tantùm habeat, filiis mortuis aut emancipatis, aut si nepotes soli impuberes sint. arg. l. 12. ff. de reb. dub. aut si qua evidens utilitas nepotis id suadeat, filii nomine etiam nepotem comprehendemus. l. 201. & 220. de verb. sign. Pet. Fab. 3. sem. 24.

b d. l. 6. & d. §. ult. Inst. eod. d. l. 220. de verb. sign.

c dd. ll. Omnes, qui post mortem testatoris nascuntur, quocunque gradu sunt, rectè posthumi appellantur.

d l. 10. §. si furiosus. ff. & §. 2. Inst. eod.

tore

tore ſimpliciter dato hoc amplius obſervatur, ut ſtatim tutor & directò *e* ex teſtamento liber fiat.

Teſtamentariis tutoribus *f* ſimiles ſunt qui inutiliter teſtamento aut codicillis dati à prætore confirmantur. Ubi hæc excutienda; qui, à quo, & quomodo confirmẽtur, poſtremò confirmationis quis effectus. Si quid deeſt, aut in dando à patre quid prætermiſſum eſt *g* eorum, quæ in forma & poteſtate dandi deſiderantur, datio ipſa jure non valet, ſed à prætore confirmari ſolet. Sed & ſi mater *h* filio, patronus *i* liberto, aut quivis extraneus impuberi heredibus inſtitutis & extra ea nihil in bonis habentibus tutorem dederit, idẽ juris eſſe placuit. Poteſtas confirmandi penes eos magiſtratus duntaxat, qui juriſdictioni *k* præſunt. Modus confirmandi alius in iis, qui à patre non rectè dati ſunt, alius in iis, qui à cæteris. A patre non ritè dati ſine *l* inquiſitione, cæteri non niſi decreto *m* ex inquiſitione confirmantur. Effectus hîc, ut quemadmodum ex defuncti judicio *n* confirmandi ſunt, ita legitimis & dativis præferantur, & ſatiſdatio eis remittatur.

e §. 1. *Inſt. l. 32. §. 2. ff. eod. nec ratio obſcura: nam qui ſervum ſuum tutorem eſſe vult, is ſimul eum liberum eſſe tacitè jubet; cũ illud ſine hoc velle non poſſit: tametſi hoc diſpliceat Cuiac. ad §. 1. vid. Ant. Fab. 6. conj. 16.*

f l. 3. ff. de conf. tut. At enim qui confirmat, dare videtur. l. 130 de verb. ſign. id rectè dicitur, ubi confirmatio pendet à voluntate confirmantis: hîc a. defuncti voluntatem neceſſariò ſequitur. *g Quæ omnia ferè complexus eſt Modeſt: in l. 1. & 3. d. tit.* *h l. 1. eod pater filio naturali. ubi ad confirmationem inquiſitione opus. l. 7. eod.* *i l. 4. eod. l. qui tutelam. §. ult. de teſt. tut.* *k Qualis fuit prætor Romæ, in provinciis præſides. §. ult. Inſt. de tut. l. 2. 6. ff. hoc tit.* *l d. l. 6. & l. 3. eod. l. 2. C. eod. etiamſi emancipato dederit. d. §. ult. Inſt. de tut. tantùm amori & judicio patris tributum.* *m Ratio eſt, quia in matre minùs eſt judicii, licet ſecundum Menandrum, amantior ſit liberorum, quam pater. In cæteris non eſt eadem affectio. Cuiac. in parat. C. eod.* *n l. 23. in pr. ff. de excuſ. perinde ac ſi ex teſtam. tutores eſſent. l. 3. h. tit. l. 28. in fin: de teſt. tut.*

CAP. X.

De legitimis tutoribus: itemque dativis.

TEſtamentariam tutelã excipit *o* legitima. Ea eſt, quæ lege defertur iis ferè, qui ad legitimam *p* he-

o Moribus apud nos ferè obſervatur, ut altero è conjugibus inteſtatò mortuo ſuperſtes cum defuncti aliquot cognatis magiſtratum adeat tutelarem (de Weeſ meeſters) *qui tum eligit ex mortui cognatis, proximis, quos vult tutores: quin & ſuperſtes cum uno ex cognatis defuncti concurrere ad tutelam poteſt.* *p Ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona. l. 1. ff. h. tit. Inſt. eod. in pr. & tit. de leg. pat. tut. Add. l. 3. §. ult. & l. 4. eod. item tit. de leg. pat. tut itemque de fiduc. tut. Inſt. quem poſtremum omnium optimè explicavit Tuning noſter.*

recitatem defuncto impubere vocarentur. Species hujus tutelæ quatuor. Prima est patronorum ex mente & ratione legis 12. Tabularum introducta; quod cui spem successionis, eidem & provinciam tutelæ reliquisse videatur. Ad exemplum illius recepta est altera parentum, qui liberos suos impuberes emancipaverunt. Tertia proprio nomine fiduciaria appellatur, & patre emancipatore, eodemque legitimo tutore mortuo, liberis ejus defertur. Quarta est agnatorum, quos propalàm & nominatim lex 12. tutores esse jussit, uti & ab intestato ad hereditatem eosdem vocavit. Agnati sunt *q* cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, capite non minuti. Capitis *r* deminutio, est prioris *s* status mutatio. ea in maximam, mediam, & minimam divisa est. Maxima est, cum libertas; media, cum civitas; minima, cum familia amittitur. Sed jure *t* Authentico nemo per familiæ mutationem aut ab emolumento successionis removetur, aut oneri tutelæ eximitur. Interdum alibi est hereditas, alibi tutela, nimirum si, qui ad hæreditatem vocantur, per se non sunt *u* idonei. Prius enim conditione personæ tutores esse posse convenit, quam de tutela eis deferenda quæratur.

Ut testamentariam tutelam sequitur legitima, ita ea plerumque præcedit dativam. Dixi plerumque, quia duobus *x* temporibus datio præcedit; uno, si testamento datus tutor, excusatus sit aut remotus; altero, si sub conditione datus sit aut ex die. Est autem dativa tutela, quæ lege permittente datur à magistratu. Hîc itidē videndum, quis cui quem tutorem & quomodo rectè det. Is tutorē dare potest, cui hoc nominatim *y*

q §. 1. & ult. Inst. h. tit. §. 1. Inst. de leg. agn. succ. l. 5. unde legit. *Agnati nostere dicuntur* vāde Swaertzij: *Cognati per fœminini sexus personā* vande Spillzij. *quanquā in hoc argumento nulla hujus discriminis habeatur ratio.*

r De capitis deminutione est tit. in Inst. de cap. dem. & in ff. lib 4. de cap. min.

s Status vocabulum per se latè patens in hac tractatione ad tria hæc revocatur, libertatem, civitatem, familiam. l. ult. de cap. min.

t Sublatâ tum in hereditatibus tum in tutelis veteri agnatorum & cognatorum differentiâ. No. de hered. ab intest. §. exhib. 5. & hoc rationi legis 12. convenit. l. 1. ff. Hoc tit.

u l. 1. §. 1. eod. Inst. de leg. patr. tut. in fin.

x Utrumque per causam testamentariæ, quæ vel semel constituta legitimam excludit, vel quamdiu speratur, retardat. l. 11. in pr. §. 1. 2. ff. de test. tut.

y Ac proinde non est jurisdictionis aut imperii. l. muto. 6. §. 2. ff. de tut. & quæso quid lege aut constitutione opus, si jure magistratus, ut cætera, quæ sunt jurisdictionis, tutela datio competit? vid. Vult. ad tit. de Attil. tut.

Pri-

concessum est vel lege, vel simili juris constitutione. Primò omnes magistratus, qui jurisdictioni z præsunt: secundo legatus proconsulis: tertiò magistratus municipales & defensores civitatum, quibus permissum est de sententia episcopi pupillis quingentenariis tutores creare. Eum, cui datur, talem esse oportet, ut conditione personæ in tutela esse possit, quod in omnibus tutelæ generibus custoditur. Illud hujus speciei proprium est, ut nulli *a* ingenuo invito libertinus, nec cuiquam non *b* subjecto jurisdictioni dantis tutor dari possit. In eo, qui datur, illud commune cum cæteris, quod non detur quisquam, nisi qui natura aut lege tutor esse possit. Propria *c* hæc, ut non detur is, qui se ingerit, aut quem facultates moresve suspectum faciunt; non is, qui jurisdictioni dantis non est subjectus; aut qui parē majorenvè potestatem habeat, aut in legatione sit; denique ut detur is, qui petitus erit ab iis, ad quos ea res pertinet, nisi quid aliud utilitas pupilli postulaverit: de quo mox plura. In modo observandum, ut detur *d* purè, non ex die aut sub conditione; ut si testamento datus, ex inquisitione confirmari debeat, decretum & causæ cognitio pro *e* tribunali interponatur. Effectus hic, ut si quid eorum, quæ suprà dicta sunt, à magistratu omissum fuerit, datio aut ipso jure nullius sit momenti, aut excusatione remotionevè tutoris eludatur.

Cæterùm non antè tenetur magistratus tutorem dare, quam petitus fuerit ab iis, quibus est petendi jus. Eorū duo genera; unum, qui liberè petunt; alterum, qui etiam coguntur. Liberè petunt, quibus impunè licet non petere; cujus *f* generis sunt cognati, affines,

z Traditur hoc & quæ sequuntur in l. 1. §. 3. ff. de tut. dat. ab his. §. sed hoc jure. & seq. Inst. d. tit. l. 30. C. de episc. aud.

a l. antepen. §. 1. ff. eod. l. 3. C. de excusat.

b l. 1. §. ult. l. 3. eod. ut hic quoq; valeat generale illud. Extra territorium jus dicenti impunè non pareri l. ult. ff. de jurisd.

c Quæ omnia sumta sunt ex his locis. l. 21. §. ult. & in pr. eod. l. un. C. si cont. mat. vol. d. l. 1. & §. ff. eod. d. l. 21. §. 3. ex quorum lectione etiam dispar hujus prohibitionis effectus facilè intelligitur.

d l. 6. §. 1. de tut. est n. hæc datio actus legitimus, qui non recipit tempus aut conditionem. l. 77. de R. I. Solus testator ex die aut sub conditione dare potest, quod affectus parentis, aut qui vice parentis fit, datum, sine injuria tamen pupilli, cui interim a magistratu prospicitur. l. 11. de test. tut. Gothofr. ad d. l. 6. §. 1. Cæterùm ne magistratus quidem obstat conditio, quæ in præsens aut præteritum concipitur, aut tacitè inest. l. 17. d. l. 6. §. 1. eod. d. l. 77. de Reg. jur.

e l. 5. de conf. tut. & generaliter, ubi causæ cognitio necessaria, [illegible] pro tribunali desideratur. l. 3. §. pen. de bon. poss. l. 72. de R. I.

f l. 2. ff. qui petunt. [illegible] petita. l. 4. 5. & pen. C. eod.

anici

amici parentis pupilli, ejusdem educatores, creditores deniq; patris ejus. Coguntur petere, quibus cum pœnæ comminatione injungitur, ut petant; jure pietatis *g* mater & avia; pro beneficio successionis omnes, qui ad successionem impuberis vocantur; pro obsequio liberti, ut petant patroni liberis. Ni faciant, liberti à præside corriguntur, cæteri damno successionis mulctantur. Quid autē si magistratus tutorem non dabit? Et adversus majores magistratus, puta præfectum urbi, prætorem, præsidem provinciæ, nulla actio jure civili comparata. Soli *h* minores magistratus actione subsidiariâ de indemnitate pupilli conveniri possunt.

g d. l. 2. eod. §. pen. Inst. de SC. Tertyl. l. 2. §. si mater. 23. & aliquot seqq. ff. ad SC. Tertyll. ubi satis fusè omnia, quæ ad necessitatem petitionis pertinent, explicantur. add. l. sciant. 10. C. de leg. hered.

h *Qui satisdationem exigere solent. §. ult. Inst. de satisd. tut. videlicet defensores civitatum, magistratus municipales. l. 1. §. 3. & 7. l. 2. de mag. conv.*

CAP. XI.

Quæ causæ tutelam delatam ab initio aut in totum aut ex parte removeant.

EXpositum est, quibus modis tutela legitimè defertur: Nunc videamus, quando quis delatam obtineat, ut tutor fiat. Tutela munus *i* publicum est, cujus hæc *k* conditio, ut id etiam invitus quisque suscipere cogatur: nisi factum aliquod extrinsecus interveniens aut volentem liberet, aut invitum summoveat. Facta ejus generis duplicia: quædam in totum tutelā removent: quædam obligatione & periculo tutelæ manente solam potestatem administrandi adimunt. Prioris generis duo; justa excusatio; & suspecti accusatio ex quibusdam causis: posterioris generis unum, omissa satisdatio, quibus in causis ea exigitur. In excusatione duo exigimus; ut justa sit; ut ea legitimè quis utatur. Justa excusatio est, quæ nascitur ex justis & ad eam rem constitutis causis. Genera causarum sex; impotentia administrandi; justa suspicio; dignitas perso-

i Tutela & cura muneribus personalibus adscribuntur ab Hermog. l. 1. §. ult. de mun. & hon. quia corporibus, labore, cū animi sollicitudine & vigilantia administrantur. Sin publicum munus cum Callistr. in l. 14. §. 1. eod. tit. accipiamus, quod in administranda rep. cum sumtu sine titulo dignitati subimus, istiusmodi sanè tutela non est, sed privatum potiùs sive civile. quo sensu fortè Modest. publicum munus accepit in l. si duas. 6. §. tutela ff. de excusat.

k *l. 3. §. 1. 4. & 6. ff. de mun. & honorib.*

næ;

næ; merita; domicilium; privilegium: quarum fortasse nonnullæ ad plura genera simul referri possunt. Impotentia gerendi spectatur vel in persona tutoris; vel extrinsecus in rerum administratione. In persona *l* tribus de causis; ob ætatem, si major sit 70. annis; ob adversam valetudinem, per quam ne suis quidē rebus superesse possit; propter *m* imperitiam literarum, si neque legere neque elementa pingere didicit. Extrinsecus excusationem adferunt onera tum domestica; ut *n* paupertas, si quis imparē se oneri injuncto possit docere; numerus *o* liberorum, trium Romæ, quatuor in Italia, in provinciis quinque: tum extera; tria *p* onera tutelæ non affectatæ, & interdum unius latè diffuso ac sparso pupilli patrimonio: rerum *q* fiscalium administratio: rei frumentariæ & cujusvis alterius, quam princeps injunxit, cura: absentia reip. causâ: & fortassis quædā alia ejusdem generis. Justæ suspicionis causæ tres *r*, interdicta à parentibus tutelæ administratio; graves *s* inimicitiæ, quæ inter tutorem datum & patrē pupilli intercesserunt, non reconciliatâ ante mortem gratiâ; item lis de re magni *t* momenti cum pupillo constituta: quo in genere jure novo hoc amplius cautum, ut ne quis omninò debitor *u* creditorvè pupilli tutor fiat. Dignitas personæ excusationem præbet magistratibus omnibus, qui *x* potestatem aut imperium habent; sacerdotibus provinciarum; assumptis in consilium principis, ingenuis quoque, ne libertino-

l Prima est in §. itē major. Inst. de excus. l. un. C. qui at. se excus. 2. in §. itē propter adversa. Inst. eod. l. non solum. §. ult. ff. eod. 3. in §. similiter. Inst. eod.

m N. n obstat. l. 6. §. in fin. ff. eod. ubi literas nescire dictum accipiemus pro imbutum esse studiis literarum.

n Neq; enim is qui vita necessaria vix sibi quærere potest, hoc munere est onerandus. §. 6. Inst. eod. l. 7. ff. eod.

o Nempe naturalium legitimorum superstitum. iniquum namq; est aut adoptiones forte fictas, aut liberos jam antè mortuos ad munerum quietem prodesse: utique nisi in acie pro rep. ceciderunt, in pr. Inst. eod. l. 2. §. 1. & deinceps l. 18. eod.

p §. 5. Inst. l. 13. ff. eod. l. un. C. qui nu. tut. ut tamen trium consortium. i. qui pro indiviso patrimonium habent, tutela pro una computetur. d. loc.

q §. 1. Inst. eod. huc tamen non pertinent conductores prædiorum fiscalium. l. 8. C. eod. reliqua sunt in l. 22. §. 1. l. 26. l. 41. ff. eod.

r Ob eandem causam & removeri quis potest. l. scire. 21. §. 2. ff. de tut. dat.

s §. 9. & 11. Inst. eod. Sunt, qui excusationem hanc homini Christiano minùs convenire existimant: at mihi quidem non illicitum videtur, causam sinistræ suspicionis hoc obtentu vitare.

t De hereditate puta, aut plurima bonorum parte. §. 4. Inst. l. 21. ff. eod. multoq; magis si de statu controversia sit. §. 12. Inst. l. 6. §. pen. ff. eod.

u Auth. minoris. C. qui dar. tut. nisi mater sit aut avia. auth. adhac. C. quand. mul. tut.

x §. 1. Inst. eod. videlicet antè, quam se miscuerint administrationi. l. 17. §. sanè. eod. de tribus reliquus est in l. 1. §. 1. l. 5. §. provinciæ. l. 30. in pr. ff. & l. ult. C. eod.

rum tutelæ ſubjiciantur. Ob merita in remp. excuſantur *y* profeſſores bonarum artium, qui intra numerum ſunt; veterani *z*, athletæ, iis quoque, qui reip. causâ abfuerunt, anni vacatio ad novas tutelas detrectandas datur. Ratione *a* domicilii excuſari poteſt, qui negat ſe ibi domicilium habere, ubi datus eſt: ſenatori Romæ hoc amplius conceſſum, ne ultra *b* centeſimum ab urbe lapidem tutelam gerere teneatur. Privilegio principis immunitas diverſiſ *c* collegiis & corporibus tributa. Cæterùm accidit aliquando aut ex perſona tutoris aut ex facto, ut excuſatio, quantumvis juſta, ei denegetur. Ex perſona denegatur *d* liberto, qui patroni *e* liberis tutor datus eſt. Ex facto *f* tripliciter, ſi quis patri pupillorum promiſerit ſe tutorem fore, ſi cum excuſari poſſet, ultrò ſe tutelæ immiſcuerit, ſi legatum ſibi eodem teſtamento, quo tutor datus eſt, relictum agnoverit. Rectus excuſationis uſus hic, ut tutor datus nullâ *g* appellatione præcedente adeat competentem magiſtratum pro tribunali intra 50 dies, ex quo ſe tutorem datum eſſe cognoverit; cauſas, cur excuſari debeat, alleget, certas teſtetur, ſeque excuſari poſtulet.

Ut juſta excuſatio volentem liberat, ita interdum invitum excludit ſuſpecti accuſatio. Sed quia ex iiſdem cauſis ſuſpicionis, propter quas ab initio quis removetur, etiam à cœpta tutela arceri poteſt, commodiùs erit de his in communi illo loco præcipere, ubi de tutela finienda tractabimus.

Alterum facti genus, quod obligatione manente, ſolum jus adminiſtrationis adimit, eſt omiſſa ſatiſdatio, quibus in cauſis ea à tutore exigitur. Quid ſit hæc ſatiſdatio

y d.l.6. §.1. & deinceps. l.6.C. de profeſſ. lib. lib. 10.

z d.l.6.§.Ulpianus, quod veteri neſcio qua gentium ſuperſtitione dis indultum, certis tamen conditionibus, de quibus in l.un. C. de athlet.lib.10. de veteranis eſt in l. 8. in pr.ff.eod.l.2. C. de excuſ. vet. De abſentibus reip. causâ in §.2. Inſt. l.10. §. 1.ff. eod.l.2. C. ſi tut.reip. cauſ.

a l.18.l.21. §.licet.l.ult. ff.l.11.C.eod.

b d.l.21. §. pen. hoc igitur caſu tutorem habenti alius tutor datur; ſed aliarum rerum. d. l. 21.§.ult.

c l.17. §.1. & 2. l. ult. in pr. ff. l. pen.C.eod.

d l.14.24.ff. l.5.C.eod. niſi corporis aut mentis valetudine ab agendis rebus prohibeatur. l.pen. §.ult.ff.eod.

e Iis nimirum, qui jus patronatus ſperare poſſunt. l.14. ff. de tut.dat.

f Vid.l.13.§.ult.l.15.§.1.l.17.§.5. eod.l.29.de teſt.tut.l.5.de his quæ ut indig.

g §.16.Inſt.l.tutores.C.eod.l.1.§.1.quand.appell.ratio eſt, quia tutoris datio non eſt juriſdictionis; ad quam corrigendam inventa eſt appellatio, ut ex Loriot.refert Ennucl.Don.lib.3.c.9. in not. Quod ſi rejecta fuerit excuſatio, tum demum rectè appellatur. quo ſenſu accipiendæ ſunt leges, quæ de provocatione in propoſito caſu loquuntur. d.l.1.§.1.

tisdatio, quis ejus usus, quæ forma, tū qui ex tutoribus, quibus remediis satisdare cogantur, videndum. Satisdare est datis *h* fidejussoribus rem pupilli salvam fore cavere. Est igitur hæc satisdatio de *i* indemnitate pupilli, ut quod detrimentum tutelâ non benè gestâ inciderit, id si tutor non possit, fidejussores sarciant. Cæterùm non omnes tutores satisdatione onerantur. Immunes sunt, qui *k* testamento aut ab initio jure dati sunt, aut postea *l* confirmari. Sed quæ satisdatio per se libera est & voluntaria, ea ex facto contutoris aliquando fit necessaria. quippe ex *m* pluribus satisdandi lege solutis potest unus offerre satisdationem, ut solus administret, eâ lege, ut, si contutor hac provocatione lacessitus suam contrà satisdationem offerat, potior habeatur. Non omnes autem, qui satis non dant, continuò aut repellendi sunt, aut jubendi satisdare. Quid enim, si ejus sint existimationis, & honestatis, ut non debeant contumeliam satisdationis subire? is autem, qui satis offerat, homo improbus & flagitiosus? Sed ut superioribus satisdatio remittitur, ita reliqui omnes, sive legitimi sint sive dativi, non ante ullam administrandi potestatem habent, quam rectè & utiliter satisdederint rē salvam fore. Satisdationis hæc *n* forma: Stipulanti pupillo, vel cui de ea re stipulandi jus est, spondet tutor rem salvā fore: idem recipiunt fidejussores. Detrectantes satisdare pignoribus captis *o* coërcentur: nonnunquam etiam removerentur: quicquid gesserint, pro non gesto ipso jure habetur; nec eo minùs, si cessaverint, periculo tutelæ obstringuntur.

h l.1. ff. qui satisd. cog.
Prætoria satisdationes (ait Ulp.) personas desiderant pro se intervenientiū.
i l. 7. ff. de præt stip. add. Don. ad l. 5. de verb. obligat.
i Vid. tit. ff. rem pup. salv. fore.
k Tutoris testamento dati fides ac diligentia satis spectata esse creditur testatori, cujus solius hac in restatur judicio. Inst. de satisd. tut. in pr. l. 17. ff. de test. tut.
l Sive omnimodò, sive ex inquisitione. dd loc.
m Quia tutela commodè à pluribus administrari nequit, prætor operam dedit, ut quo ad fieri posset, in unum aliquem eam derivaret. Gradus a. fecit complures, quorum ordinem observabis ex l. 3. §. 1. de adm. tut. l. 17. & seq. de test. tut. §. 1. Inst d. tit.
n Vid l. 2. 3. 4. 6. ff rem pup. sal fore.
o §. pen. Inst. d. tit. add. l. 1. 2. 3. & ult. C. de tut. qui sat. non ded. l. 1 §. 1. l. 5. § ult. ff. de adm tut.

CAP. XII.

De potestate tutorum.

INvento tutore, quem quærebamus, proximum est, ut investigemus, quæ & quanta sit vis illa & pote-

 stas,

stas, quam tutori tribuimus. Ea tota posita est in administratione. Administratio constat duabus partibus, officio, & potestate. Officium tutoris, est ea pars administrationis, in qua versatur obligatio & periculū tutelæ. de qua parte *p* dicetur suo loco inter obligationes, quæ quas. ex contr. nas. Potestas consistit partim in persona pupilli tuenda, partim in rebus ejus rectè gerendis. Primò cùm tutela omnis personæ pupilli *q* tuendæ, non potestatis alicujus in eum exercendæ gratiâ comparata sit, satis liquet, longè aliam esse tutoris potestatem, atque eam, quam parens in liberos, dominus in servos habet. Sed & ipsa personæ pupilli cura angustissimis finibus circumscripta est, sive de loco quæratur, ubi pupillus morari debeat, sive de alimentis præstandis, famulis attribuendis, aut denique de morum institutione. Nam de his rebus si inter parentes cognatosvè pupilli non conveniat, non tutoris statur arbitrio, sed res ad *r* cognitionem magistratus revocanda est. Secundum, quod versatur in rerum administratione, suo jure exercet tutor, atque in eo pœnè vicem *s* domini sustinet. Id adeò ita esse ex partibus administrationis luculenter apparebit. Hæ quatuor, actionum exercitium, solutio debitorum, rerum alienatio; auctoritas. De actionibus ita jus est, ut tutor judicio experiri cum debitoribus pupilli, ejusque, si conveniatur, defensionem suscipere possit, absque ullo *t* mandato aut præstatione cautionis, haud secus, ac si verè dominus esset: & debitori quidem, si judicio absolutus sit, datur adversus pupillum rei judicatæ exceptio; creditori, si tutor *u* succubuerit, judicati actio. Solutio tutori à debitoribus pupillaribus facta ipso jure eis liberationem *x* parit. Rerum alienatio tutori permissa: verùm non omnium, nec quævis.

p *Hic quæritur, non quid tutor pro officio suo & commodo pupilli facere debeat: sed quid ei pro potestate in personam & res pupilli liceat, quo libertas pupilli quodammodò imminuatur.*

q *Tutela solà tuitione & custodià pupilli definita est. l. 1. de tut. Cic. 1. offic. Ut tutela, sic curatio reip. ad utilitatem eorū, qui commissi sunt, gerenda est.*

r *l. 1. 3. pen. & ult. ff. ub. pupil. educ. vel mor. deb. l. 1. & 2. C. eod. l. 13. ff. de adm. tut.*

s *Tutor, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet. l. 27. de adm. tut. sed tunc cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. l. 7. §. 3. pro empt.*

t *l. 22. & seq. ff. d. tit. de adm. tut. l. 18. C. eod. si verò dubitetur, an gestus illi commissus sit, æquum est adversarium non decipi. d. l. 22.*

u *l. 2. ff. d. tit. l. 1. C. quand. ex fac. tut. superius est in l. si mater. 11. §. hoc jure. 7. ff. de exc. rei jud.*

x *L. Lucius. 46. §. 5. & ult. ff. de adm. tut. De securitate solutionis novissimè quædam cavit Inst. in l. ult. C. eod. §. ult. Inst. quib. al. lic.*

Permissa earum, quæ servando *y* servari non possunt, cujusmodi sunt fructus, esculenta & poculenta omnia, vestes detritæ, animalia supervacua, aut si quid aliud corruptioni aut interitui obnoxium: cæterarum rerum alienatio absque decreto prohibita. Si res pupilli alienationem admittet, tum ut rata sit alienatio, necesse est, ut ea fiat administrationis causâ, ad rem pupilli augendam, non minuendam. Id tum ex genere & titulo alienationis, tum ex causa & fine æstimandum. Ex generibus alienationum prohibitæ, quæ in speciem *z* donationis cadunt: cæteræ ratæ habentur†; ut venditio; rerum communium divisio; pecuniæ, in quam pupillus debet, solutio; novatio; transactio; jusjurandum. Præter genus & titulum finis item & causa alienationis spectanda est. Finis hic, ut omnia ad utilitatem pupilli gerantur. Proinde si quid vendiderit tutor, non aliter valebit venditio, quam si *a* justo prætio, quanti potest, vendiderit. In novatione dabit operam, ut locupletior debitor substituatur. In transactione, ne per ejus speciem quidquam remittat. Postremò jusjurandum non aliter debitori pupilli deferat, quàm si cæteræ probationes deficiant.

Auctoritas *b*, est probatio ejus, quod cum pupillo præsente tutore gestum est. De auctoritate porrò hæc cognoscenda; quibus in rebus necessaria; quo modo interponenda: interposita quid valeat. Necessaria est tutoris auctoritas in iis causis, quæ conditionem pupilli *c* deteriorem facere possunt, puta si quid alienet sive se obliget, actionẽ remittat, aut quod ei debetur, repudiet, debitam pecuniam solvat, creditum accipiat. At *d* stipulando sibi acquirere, & in universum conditionem suam *e* meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate. In modo interponendæ auctoritatis

y l.22. ff. d. tit. add. l.1. & tot. tit. C. de reb. eor. qui sub tut.

z l. non omni. 16. C. de adm. tut. l. 46. §. ult. D. eod. Donatio enim apertè pugnat cum officio administrationis.

† Hæc omnia tutori permissa legimus in rebus, quæ alienari possunt l. 9. §. fin. l. 12. §. 1. l. 22. d. l. 46. §. ult D. l. 16. C. eod.

a Non minoris per gratiã & sordes. nã si res mala fide gesta sit, nullius erit momenti. l. 5. §. 2. de auct. tut. cætera sunt in l. 13. §. ult. d. l. 22. & 46. §. ult. eod. l. 35. de jurejur. add. l. 28. in fin. de pact. l. 12. C. de transact.

b Tutor auctor fieri dicitur, cum se probare dicit id, quod agitur. l. 3. D. de auct. tut.

c Distinctio sumpta à fine auctoritatis, quæ ad hoc comparata est, ut incommodum omne à pupillo removeatur. tit. Inst. de auct. tut. l. 5. & 9. ff. eod.

d Nullũ periculum est, quod sciam, stipularier, vel Plauto teste in Rudent.

e Hereditatẽ tamẽ adire sive tutoris auctoritate non potest. Inst. §. 1. & d l. 9. §. 3. ff. eod. ne temerè pro alieno, & cæteris incommodis hereditariis se obstringat,

observandum, ut à tutore ipso, cui administratio concessa est, præsente *f* statim, hoc est, in negotio perficiendo & adhuc calente, interponatur. dum ne is in rem suam, qua de *g* principaliter agatur, auctor fiat. Vis interpositæ auctoritatis hæc, ut quod cum impuberibus etiam tacentibus tutore auctore gestum est *h*, ratum habeatur, sive obligentur, sive quid alienent. Illud obiter hîc monendum, esse & aliam potestatem pupillo rectè acquirendi, quę per consequentiam illius, de qua hactenus disseruimus introducta est. Quidquid enim tutor stipulatur, contrahit, sive nominatim pupillo, sive sibi, ex pecunia tamen pupilli, ejus rei utilem *i* actionem pupillo acquirit.

f d. l. 9. §. tutor. præsentia corporis & animi requiritur, ut certius cognoscat, quid negotii quâ fide geratur. arg. l. 14. ff. eod.

g l. 1. & 7. eod. secus est, si pupilli res principaliter agitur, quamvis inde tutori quid acquiratur per consequentiam. exemplum suppeditat d. l. 1.

h l. 13. l. antepen. ff. eod. quod & generaliter traditum est in l. 6. in pr. de tut.

i l. 2. quand. ex fac. tut. l. 2. & pen. C. d. tit. de quo generalis extat definitio in l. 5. §. si actori. de pec. const.

CAP. XIII.

Quibus modis tutela finiatur.

Tutela, ut cæteræ res jure constitutæ, tam diu durat, donec suis modis finiatur. Finitur aut ipso jure, aut interventu magistratus. Ipso jure partim ex persona tum pupilli tum tutoris, partim ex voluntate deferentis. Ex persona pupilli finitur *k* pubertate. Pubertas in masculis post 14. annum initium accipit, fœminæ post 12. annos completos nubiles esse creduntur. Ex persona utriusque finitur *l* morte & capitis minutione, tutoris quidem maximâ & mediâ, pupilli etiam *m* minimâ, puta adrogatione. Ex voluntate deferentis tutor esse desinit ipso jure, si usque ad certum

k In pr. Inst. quib. mod. tut. fin. l. ult. C. quand. tut. esse desi. l. 5. ff. qui test. fac. Moris ferè est ubique in hac regione, ut post robustam demum ætatem, id est, 25. annos tutela finiatur: unde communi nomine tutores & curatores Voogden appellamus: nec ulla est inter eos differentia.

l Hoc eo maximè pertinet, ut intelligamus tutore mortuo nec ad heredem ejus tutelam transire: pupillo defuncto, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, perseverare l. antep. ff. de tut. arg. l. ult. de mun. & hon. l. 178. de reg. jur.

m §. 1. & 4. Inst. quib. mod. tut. fin. l. 14. ff. de tut. pupillus si alienæ potestati subjiciatur. in tutela esse amplius non potest: tutorem a. nihil prohibet esse filium f. Olim quidem minima capitis minutio tutoris legitimam tutelam perimebat. d. §. 4. sed hoc una cum differentiis agnationis & cognationis postea sublatum est. quo jure utimur.

diem

diem aut conditionẽ testamento datus sit, ab eo, cui ita dandi jus est, isq; dies venerit aut conditio extiterit. *n*

Interventu magistratus tutela finitur aut volente tutore, aut eo invito. Volente quatuor ex *o* causis; si tutor datus reip. causâ abesse cœperit; si in consilium principis assumtus sit; si domicilii mutationem à principe impetraverit; si post susceptam tutelam mutus, surdus, cæcus, furiosus, aut valetudinarius factus sit. Sed ita demum hæ causæ tutorem exonerant, si his legitimè utatur, prout faciendum esse diximus in iis excusationum generibus, quæ prosunt non ad susceptam tutelam deponendam, sed ad novam declinandam duntaxat. Cæterùm non uno modo ex omnibus hisce causis tutela finitur: quædam enim in perpetuum eam perimunt; nonnullæ ad tempus cessare faciunt. In perpetuum perimunt reliquæ, ad tempus excusant hæ duæ; absentia reip. causâ, quamdiu *p* durat; item morbus animi aut corporis *q* temporalis.

Invito tutore finitur tutela, si is tanquam suspectus postulatus sententiâ judicis à tutela *r* removeatur. In quò genere hæc cognoscenda; qui tutores quibus ex causis suspecti postulari possint; à quibus hoc crimen intendi & apud quos judices oporteat; tum quæ ejus judicii vis ac ratio. In primis eum, quem removeri volumus, suspectum esse oportet. Suspectorum duo genera; unum eorum, quos *s* constat non ex fide tutelã gerere, dum aut ea *t* faciunt, quæ facere non debent, aut, quæ fieri oportebat, negligunt dolo, inertiâ, rusticitate: Alterũ eorum, qui licet non apertè arguantur tutelam non ex fide aut sperata diligentia administrare, ea tamen faciunt, quæ justam causam adferunt suspicandi aut nunc quid occultè fieri, aut in posterum factum iri. Suspicio hęc quatuor causarum nascitur ex aliqua; vel quod tutelam ultrò occupavit, qui *u* inimi-

n *§. 2. & ult. Inst eod. d. l. 14. §. 3. & ult. de tut.*

o *Quas indicant hi loci. §. 2. Inst. de excus. l. 30. l. 12. §. 1. l. 40. ff. eod.*

p *Reversi coguntur recipere onus tutelæ: ac ne anni quidem vacationẽ habent, quod spacium ad novas tutelas vocatis conceditur. d. §. 2. l. 10. §. ult. & l. 12. eod.*

q *d. l. 10. §. ult. d. l. 12. in pr. Unde est, quod in locũ ex his causis excusati, non alius tutor, sed curator interim detur. d. §. 2. d. l. 10. §. ult. & 12. eod. sed quia vice tutoris fungitur, nonnunquã etiam tutor abusivè dicitur. l. 12. & pen. de tutel.*

r *§. ult. inst. hoc tit. l. 1. ff. de susp. tut.*

s *§. suspectus. 5. Inst. de susp. tut. iidem indicantur in l. 6. C. eod.*

t *Vid. omninò l. 3. §. 5. & §. qui pecuniam, usq; ad fin. ff. eod.*

u *d. l. 3. §. si tutor. nocendi n. animo tutelam occupare videtur.*

cus se excusare poterat; vel quod datâ pecunia *x* ministeriis tutelam redemit; vel quod *y* repertorium bonorũ pupillarium facere neglexerit; vel quod *z* contutorem administrationis suæ participem facere recusavit. Accusatio hæc quasi *a* publica est: ac proinde omnibus patet: in tantum ut & fœminæ admittantur, ut mater, avia, nutrix, atque adeò quævis alia mulier, quæ sexus verecundiam non egrediatur. Cognoscere de suspecto possunt *b* omnes judices, qui vel tribunali præsunt, vel *c* mandatã ab his jurisdictionem habent. Vis & effectus accusationis est, ut, quoad *d* cognitio finiatur, interdicatur tutori administratio, convictus *e* removeatur. Remotio ex parte liberat tutorem, ex parte gravat. Liberat eum *f* obligatione tutelæ & periculo sequentis temporis. Gravat infamiâ, si ob dolum *g* removeatur, idq; decreto fuerit expressum. Planè si quid admisit tutor, quod graviore animadversione dignum videatur, remittendus est ad *h* præfectum urbi extra ordinem pro atrocitate delicti puniendus.

x Id est, corruptis officialibus & ministris prætoris, per quos fit inquisitio. d.l.3.§.sed si non. §. 10. Inst. eod. ubi eodem modo, ut in d.§. sed si non. legendum ministeriis judicio Cujacii.

y Inventarii omissio suspicionem doli adfert. l.7. de adm. tut.

z l. 19. de adm. tut. nam quod ibi de concuratore scribitur, id vel magis ad contutorem pertinet. & utique recusatio hæc argumentum est malæ versationis.

a *§. consequens. Inst. eod. L.1.§.6. & seq. ff. l.6. in fin. C. eod. Soli liberti ab hac accusatione repelluntur propter reverentiam patrono debitam. itemq́; impuberes in sua causa. l.3.§.1. l.7. ff. eod.* b *Inst. eod. §.1. l.1. §. damus. & seq. ff. eod.* c *Mandata n. jurisdictione totum officium jurisdicundi transit. d.l.1.§.4. & quod dicitur in l.1.§. suspecti. ff. ad Turp. nullum alium, quam præsidem, de hac quæstione pronunciare posse, id ad excludendos magistratus municipales duntaxat pertinet. licèt jurisdictionem habeant. l.1. si quis jus dic. non obt. quia hæc accusatio pro tribunali examinanda est, ut cætera, quæ causæ cognitionem desiderant. d.l.1.§. suspecti. l.105. de reg. jur. ut benè Fab. in Jurispr.* d *Alii interea administratio committitur. l. pen. C. §.7. Inst. eod. Pupillorum favore tantùm à judiciorum consuetudine deflexum est. alioqui, pendente cognitione nihil solet innovari. tit. ff. nihil inn. app. interp.* e *Quod si pendente judicio tutela finiatur, extinguitur suspecti cognitio, & tutela agitur. §. Inst. l. pen. ff. eod. §. ult. Inst. de att. tut.* f *Iniquum enim esset, removeri quidem à tutela, in futurum a. non esse securum. l. antep. ff. eod.* g *§. suspectus. Inst. l.3. §. ult. & l. seq. in pr. ff. eod. ob culpam qui removetur, integrâ existimatione abit. dd. loc.* h *l.1.§. ult. l.2. l.3. §. tutor. & seq. ff. §.10. & 11. Inst. eod.*

CAP. XIV.

De curatoribus.

DEinceps transeamus ad illam alteram potestatẽ, quæ à curandis, rebus alienis cura & curatio appellatur. In quo genere minùs nobis laborandum,

propterea quod iisdem pœnè regulis juris, quibus superius istud continetur. Curatorum duo *i* genera: unum eorum est, qui certis personis dantur ad res earum administrandas, alterum, qui sine certæ personæ expressione curatores bonis constituuntur: illorum, quam horum potestas plenior, ac proinde illi curatores, & potestas eorum, cura absolutè nominatur, hi non nisi cum adjuncto curatores bonorum vocantur. Plenior autē illa cura nihil aliud est, quam vis ac potestas in capite libero, ad tuendas res ejus, qui quoquo modo rebus superesse non potest, data & ipsa jure civili, partim suo modo permissa. Hæc definitio complectitur tum quæ communia sunt curæ cum tutela, tum quæ discrepantia. Communia hæc, vis ac potestas ad tuendum, curandum, data jure civili aut permissa. Discrepantia; tutor *k* personæ tuendæ principaliter datur, curator *l* rebus; tutela eorū causā comparata est, qui per ætatem se defendere nequeunt, cura eorum causâ constituta, qui quoquo modo sua negotia tueri non possunt. Tutor testamēto, lege, à magistratu datur, curator testamento non ritè constituitur, à lege paucis datur. Sed singula, quæ ad cognitionē hujus potestatis pertinent, paulò distributiùs persequamur. Tria igitur hîc cognitu necessaria, eadem nimirum, quæ in genere superiore; quibus in personis cura consistat; quid valeat; quibus modis finiatur.

Personæ, in quibus cura consistit, hîc itidem duæ, is, qui in curatione est, tum is, qui eam obtinet, quem curatorē nuncupamus. Ut quis in curatione sit, duę res faciunt, conditio personæ, & alieni auxilii indigentia. Conditione personæ liberum esse oportet & *m* sui juris. Indigentia in iis *n* omnibus, qui vel propter ætatem, vel propter morbum animi aut corporis rebus suis superesse non possunt. In priore genere sunt pu-

i Indicantur hæc genera in l. inter. 48. ff. de adm. tut.

k Tutela & personam & quidquid est personæ in solidū complectitur. l. 12. & 14. de test. tut. Curator magis rebus curandis datur: unde & ad certā rem sive causam dari potest, §. inviti. Inst. h. tit. sed hujus differētia vix ullus est apud nos usus.

l Curator tamen furiosi nō modo patrimonium, sed etiam personā ejus in potestate habet. l. 7. de cur. fur. indicant 12. tabulæ, si furiosus exsistet &c. ut verba referuntur à Cic. 2. de invent. Idē de curatore dementis & fortassè prodigi habendū existimat Ger. Tuning. ad §. 2. Inst. hoc tit. 1. quod tamen moribus nostris nō usquequaque cōvenit, quibus permittitur prodigo uxorem ducere, sine consensu curatoris.

m In pr. Inst. de tut. servi juris civilis communionem non habent, l. 20. §. servus. ff. qui test. fac. poss. l. 17. ne param.

n l. 12. in pr. ff. de tut. & cur. dat. l. 2. ff. de cur. fur.

beres minores 25. annis, qui ob *o* fragile & infirmum ætatis consilium usque ad annum vigesimum quintum completum curatores accipiunt. Si tutelæ ætas indigeat, cessat *p* cura. Cæterum, quia *q* tutorem habenti tutor non datur, si utilitas impuberū alium desideret, qui tutori vel manenti adhuc, vel ad tempus subducto, vel cum pupillis litiganti adjungatur ad eorū res gerendas, hic non alium tutorē, sed *r* curatorem dari placuit. In posteriore genere sunt à morbo *s* animi furiosi, mente capti, licet majores sint 25 annis: item prodigi, qui quod ad bona attinet, furiosum *t* faciunt exitum. A morbo *u* corporis muti, surdi, cæci, perpetuo morbo laborantes. Non omnes autem inviti curatores accipiunt, sed quidam non nisi volentes. Inviti *x* accipiunt furiosi, mente capti, prodigi: cæteri extra litem volentes tantùm, in litem soli *y* adolescentes inviti. Curatorem *z* habenti, quominùs alius curator detur, regula juris non est impedimento. In eo, quem curatorem esse volumus, hæc spectanda; conditio item personæ; constituendi modus; impedimenta, quæ ei obstant, quo minùs munus sibi delatum suscipiat. Conditione personæ qui tutores esse possunt, eidem possunt esse & curatores. Sed constituendi modo non una in re curatores à tutoribus differunt. Curator *a* testamento non jure datur; datus tamen confirmatur, servatâ eâdem lege & dissimilitudine, de qua in confirmando tutore diximus.

o Inst. in pr. h. tit. l. 1. ff. de min. Possunt tamen adolescentes honestate morum præditi post annū 20. fœminæ post 18. veniam ætatis impetrare à principe. l. 2. C. de his qui ven. æt. quamvis perrarò indulgeatur. l. 3. in pr. d. tit. *p Ideoq; tutorem habens per furorē in curā non redigitur. l. 3. in pr. ff. de tut.* *q §. interdū. Inst. eod. l. 9. C. qui dar. tut. nisi aliarum rerum. l. 21. in fin. de excus.* *r l. 13 ff de tut. l. 9. § ult. l. 24. de adm. tut. d. §. 9. h. tit. §. 2. Inst. de excus. tametsi, quia vicem tutoris sustineat, tutor aliquando appelletur. add tit. C in quib. caus. tut. hab. & Cuiac. ibid.* *s §. furiosi. & seq. Inst. h tit. l. 7. & tot. ferè tit. D de cur. fur.* *t l. 12. in fin de tut. & cur. dat. unde etiamsi lex 12. nihil nominatim de iis caveat, ut tamen ipsâ idem in iis vult observari. d. §. furiosi. l. 1. d. tit. Prodigi nostris* Stadskinderen *vocantur.* *u § Sed mente. Inst. eod. l 8. in fin. l. 12. in pr. de tut. dat.* *x Ignorantes certè, nec consentientes. frustra n. eorum expectatur voluntas, quæ nulla est, l. 40. de R. I. Apud nos consensus prodigi, dicis, ut opinor, causâ, adhiberi solet.* *y § Item inviti. Inst. eod. nec obstat l. 1. §. ult. de min. quam cū Don. de cura jam susceptæ effectu intelligo. Sed eo jure nos non utimur, sublatis plerisque curæ & tutelæ differentiis.* *z l. 20. § ult. de tut. dat. videat, qui volet, Cuiac. 17. obs. 7.* *a §. 1. Inst. eod. l. 2. C. de conf. tut. l. 2. §. 1. l. 6. ff. eod. l. pen. in pr. & §. 1. de cur. fur. sumtū hoc ex lege 12. tab. quæ de tutela duntaxat loquitur, l. 120. de verb. sign. Noluit lex vim patriæ potestatis post mortem ultra annos pubertatis durare, unde & ad eam usque ætatem liberis substitui potest, ultra non item, l. 2. de vulg. & pup. Tuning. ad d. §. 1.*

Sed

Sed nec lege cuiquam curator datur, præterquam *b* furiosis & prodigis. Relinquitur ergò, ut à solis magistratibus detur: in qua datione omnia cum datione tutoris communia.

Cura munus publicum eſt, ut tutela. proinde & hanc invitus quiſque ſuſcipere cogitur, niſi quid obſtet, quod vel in totum, vel ex parte eam removeat. In totum juſta excuſatio; ex parte omiſſa cautio rem ſalvam fore. In hiſce omnibus idem *c* ferè juris eſt, quod in tutela. Duæ tantum cauſæ diſſimiles, quarum neutra in tutela locum habere poteſt, una, quod qui tutelam alicujus geſſit *d*, invitus curator ejuſdem fieri non cogatur; altera, quod maritus uxori ſuæ, puta minori aut mente captæ, curator datus excuſare ſe poſſit, licet ſe *e* immiſcuerit.

Vis quoque hujus poteſtatis ſimiliter, ut tutela, tota poſita eſt in adminiſtratione. Adminiſtratio conſtat tum officio curatoris, & obligatione, tum quæ huic adjuncta eſt, poteſtate gerendi. Ex duabus hiſce partibus ſola poſterior ad imminutionem eam libertatis, quam hic quærimus, pertinet. Poteſtas curatoris nunc minor eſt, quam tutoris, nunc par. Minor in *f* perſonam ejus, qui in curatione eſt; par in rerum *g* adminiſtratione.

Ex quibus cauſis tutela finitur, ex iiſdem finitur & cura: adeò, ut ſi impuberi, quod interdũ fit, curator datus fuerit, tamen *h* pubertate pupilli curatoris officium finiatur. Sed & propriis quibuſdam modis cu-

b Sed ſæpe ad alium è l. 12 tab. curatio pertinet, alii præter adminiſtrationẽ dat. l. 13. de cur. fur. atque ita intelligo l. 1. d. tit. & §. furioſi. Inſt. de cur. Utrum a. ipſo jure prodigus bonis interdicatur, an verò decretũ magiſtratus expectandum ſit, quæritur. poſterius frequentius placuit. Et utiq; interdictio hæc non juris eſt, ſed juriſdictionis: quia utrum quis prodigus ſit, nec ne, in facto, non in jure conſiſtit. Plura Ant. Fab. l. Juriſp. tit. 12. pr. 3. eoq; jure utimur.

c Extat hic de re generalis definitio in l. ſcire oportet in pr. de excuſ. *d §. qui tutelam. Inſt. de excuſ. l. 20. C. eod. hoc in tutela locum non habet, qua unquam ſ quitur curam. rationem hujus juris vid. apud Ant. Fab. ad tit. Inſt. de excuſ. pr. 1. ill. 2. N[illegible]ris moribus, qui tutelam pupilli geſſit, curam quoque ejuſdem adulti excipit. ut ante dictum eſt.* *e Non, quod excuſatione ei ſit opus ante quam ſe immiſceat, ut putat Don. lib. 3. c. 30. nam datio hac jure prohibita. l. 2. C. qui dar. tut. l. 14. ff. de cur. fur. ſed poſt quam ſe immiſcuit, ad differentiam eorum, qui curam ſemel ultro ſuſceptam deſerere non poſſunt. §. pen. Inſt. de excuſ. Enucl. Don. d. loc.* *f Unde in iis, quæ perſonæ magis ſunt, quam rei, curatoris auctoritas non deſideratur: niſi is, qui in curatione eſt, furioſus ſit, aut demen[illegible]. l. 8. C. de nupt.* *g Quod ex collectione partium hujus adminiſtrationis a diligenti lectore obſervari poteſt, add. l. 4. §. qua in tutore. 25. ff. de dol. mal. exc. l. 13. in pr. ff. de excuſ.* *h l. 1. C. quand. tut. eſſ. deſ. l. 25. ff. de tut. dat. l. 12. ff. de tut.*

ram

ram finiri placuit. Hi varii, prout est conditio, quæ huic potestati causam dedit. Igitur qui propter minorem ætatem curator adolescentibus datus est, post perfectam eorum *i* ætatem, hoc est. annum 25. curator, esse desinit: qui furioso, dementi, prodigo, cum hi ad sanam mentem redierint. Et generaliter sublatâ curationis causâ, & ipsam tolli necesse est.

CAP. XV.

De curatoribus bonorum.

Superest nunc genus alterum curatorum, qui quod absque ulla personæ ratione bonis tantùm dantur, curatores bonorũ dicuntur. De his similiter quærendum; quomodo rectè constituantur; constituti quam potestatem habeant, quousque perseverent. Rectè constituti intelliguntur, si sint conditione personæ idonei; si dentur, quibus bonis oportet, & quomodo oportet. In conditione personæ nulla est inter hoc genus & cæteros differentia. Non promiscuè autem omnibus bonis dantur, sed ita, si res exigat. Id *k* tribus in causis receptum; si domino defuncto nemo heres existat, aut is heres sit, qui in utero est; si dominus ab hostibus captus sit, si debitores, quorum bona in ea causa sunt, ut vænire debeant, latitent neque defendantur. Dantur ab iisdem *l* magistratibus, à quibus & tutores & cæteri curatores. Dantur *m* purè & simpliciter, non ex die aut sub conditione. Id quoque, quod de *n* satisdatione rem salvam fore in aliis generibus constitutũ est, ad hanc est speciem traducendũ.

Cui cura bonorum hoc modo delata est, is eam, ut aliud quodvis publicum *o* munus, invitus suscipere cogitur, nisi & hîc eædem res extrinsecus interveniant, quæ tutelam & plenam curam removent aut retar-

i Inst. de curat. in pr. l. 1. de min. add. l. 1. de cur. fur.

k l. 1. in fin. ff. de mun. & hon. l. 1. ff. de cur. bon. dand. l. 20. de tut. dat. l. 2. d. tit. de cur. bon.

l l. 5. in fin. de cur. fur. d. l. 2. de cur. bon. ventri à patre testamento datus confirmandus est citra inquisitionem, l. 6. de conf. tut.

m Arg. l. 6. §. 1. ff. de tut. l. 77. de R. I.

n l. 8. ff. de cur. fur. nisi ventri à patre testamẽto datus confirmatus sit. d. l. 8. in quo sequimur regulã. l. 3. de conf tut. quæ eadẽ traditur in pr. Inst. de satisd. tut.

o Cura bonorum, ut tutela & plena cura, annumeratur muneribus personalibus, l. 1. § ult. de mun. & hon.

dant,

dant. Potestate non nihil differt hæc cura à superiore. Superior illa plenam *p* rerum administrationem, hæc solam custodiam & rerum, quæ deteriores futuræ sunt, venditionem continet. Finitur tum propriis tum communibus modis. Proprii modi ex constitutione cujusque curæ, quæ ei modum & finem ponit, sumendi, communes ex illo communi loco, in quo de finienda tutela tractavimus. In curatore bonis latitantis dato peculiare est, ut nec *q* invitus hanc curam suscipere teneatur, nec eam, si semel volens subierit, postea *r* detrectare possit.

p Verba fere sunt Papin. in l. inter. 48. ff. de adm. tut.

q l. 2. §. quæritur. de cur. bon hîc n res privata magis geritur, quam publica. arg. d. l. 2. in pr. undè sequitur nec satisdatione eum invitum onerari.

r Excusationes enim ad munera necessaria detrectanda introducta sunt, non ad voluntaria pro libidine excutienda. l. 1. ff. de vac. mun.

CAP. XVI.

Quod sit jus nostrum de rebus extra personam positis: ac primùm de rebus divini juris.

PErtractatis iis, quæ sunt personæ cujusq; propria, priori propositæ divisionis membro satisfactum est. Accedamus nunc ad alterum, quod est de rebus extra personam positis. In his rebus tantum cujusque est, quantum patitur earum natura. Sunt enim vel *s* divini juris, vel humani. Divini juris sunt, quæ ad usum divinum quodammodò comparatę sunt. Earum species *t* tres; sacræ; religiosæ; sanctæ. Sacra sunt, quæ *u* Deo ritè consecrata sunt. Ad quam consecrationē tribus est opus. Primùm ut ritè *x* consecrentur, publicè, non privatim. Secundò, ut per eum, quem oportet, uti est sacerdos aut episcopus. Postremò, ut sint res, quæ consecrari possint: Possunt autem omnes, sive mobiles sint, ut vasa ad usum Sacramentorū destinata; sive soli, ut sunt *y* ædes sacræ. Religiosa *z*

s Extat hæc divisio apud Gai. l. 1. ff. de rer. divis. cujus divisionis explicatio quadam est illa Inst. in pr. Inst. eod.

t d. l. 1. & §. nullius. Inst. eod. dicuntur nullius per eminentiā ex comparatione earum rerum, quarum usus est promiscuus, & proprietas acquiri potest.

u l. 6. §. sacra. ff. & §. sacræ. Inst. eod. add. l. 9. ff. eod. l. 21. C. de sacros. ecc.

x Solemniter, more majorum, modo & instituto civitatis, Gall. Ael. apud Fest. eruditè & ad juris antiqui rationem accommodatè Conn. 3. c. 1.

y Luculentum dedicationis templi exemplum extat, 1. reg cap. 8.

z §. religiosum. Inst. eod. d. l. 6 §. religiosum.

sunt,

ſunt, quæ humationi & ſepulturę deſtinantur. Locum religioſum tria faciunt; illatio mortui, perſona inferentis; locus, in quem infertur. Religioſus locus efficitur non *a* conſecratione aut verbis ſolennibus, ſed illatione mortui: ideoque *b* *Kenotaphion* religioſum non habetur. Is inferre debet, qui eſt *c* dominus loci, alioqui alterius conſenſum *d* oportet accedere. Locus ſit immobilis oportet: proinde *e* capſæ, in quibus cadaver includitur, religioſæ non ſunt. Sancta vocamus, quæ ad *f* tuitionem & defenſionem civitatis cujuſque inventa ſunt, ut muri & portæ civitatum. Hæ res propter *g* ſimilitudinẽ, quæ ipſis eſt cum rebus ſacris & religioſis, quodammodò divini juris habẽtur. Non hîc conſiſtendum: ulteriùs inquiratur, quid cujuſque ſit in his rebus, & quomodo id obtineat. Proprietas harum rerum prorſus *h* nullius eſt: proinde nec alienari poſſunt. Exceptæ hîc res ſacræ *i* mobiles, quarum alienatio tum ob æs alienum eccleſiæ ſolvendũ, ſi nihil aliud ſuperſit; tum ad ædium ſacrarũ refectionem; tum ad pauperum alimenta; tum ad redemptionem captivorum conceſſa eſt. Uſus verò quamvis & populi ſit & ſingulorum: non promiſcuus tamen & profanus. Tertium eſt; ut de remediis cogitemus. Huc prout uſus aut publicus aut privatus impedietur, interdicta varia & pœnæ ſunt accommodatæ. Si uſus loci ſacri impedietur opere facto, factum *k* reſtitui jubetur; ſi *l* manu, injuriarum eſt actio: ſi loci religioſi, eſt *m* interdictum de mortuo inferendo, & actio de ſepulchro violato: ſi murorum aut portarum, quatenus in iis conſiſtere aut deambulare licet, actio item

a d. l. 6. §. 4. l. 6. & l. 42. D. de relig. & ſump. fun.

b *Id eſt, ſepulchrũ inane. d. l. 42. Marc religioſum eſſe exiſtimat, motus verſu Verg. l. 3. Aeneid. Hectoreũ ad tumulum, viridi quem ceſpite inanem, ubi Serv. tumulum inanẽ, interpretatur cenotaphium, ſed Divi fratres contra reſcripſerunt, l. 7. de rer, div. l. 6 §. 1. de relig.*

c *Et quidem pleno jure: ne alteri, puta ſocio aut fructuario jus ſuum detrahatur. d. l. 6. hodie, ut notum eſt, locis publicis utimur ad ſepulturã, quæ cœmeteria vocãtur, quaſi dormitoria licet & in his cujuſq; familiæ propria ſepulchra interdũ ſint.*

d *Sufficit a. aut ab initio cõſenſiſſe. arg. l. 75. de R. I. aut poſtea ratum habere. d. l. 6. §. 4. d. §. religioſum.*
e *Humum enim hic quærimus, unde humatio vid. l. 2. totã. de relig.*
f *§. Sancta. Inſt. l. 1. ff. eod. l. 2. ne quid in loc. pub.*
g *d. l. 1. & d. §. ſancta. ſiquidem & hæ res nullius in bonis ſunt aut proprietate aut uſu promiſcuo. Dicuntur a. ſanctæ, quia ſanctione legum confirmata, l. 8. & l. 9. §. 3. D. eod.*
h *d. l. 1. & §. nullius, l. 6. & 34. ff. de cont. empt. l. inter. 83. § ſacram. de verb, obl.*
i *Vid. §. 8. Inſt. eod. Nov. 120. cap. 9. & 10. l, 21. C. de ſacroſ. Eccleſ. C. aurum 12 quæſt. 2.*
k *l. 2. §. locorum, 19. ne quid in loc. ſac.*
l *d. l. 2. § 9. l. 13. in fin. de injur.*
m *l. 1. ff. de mort. inf. l. 3. de ſep. viol. add. tit. C. de ſep. viol.*

inju-

injuriarum: usum Publicum defendunt *n* interdicta varia prohibitoria & restitutoria. Violare autem muros *o* capitale est.

n l. 8. & 9. ff. de rer. div. d. l. 2. §. si quis nemine. ne quid in loc. pub. l. 2. ne quid in loc. sac. *o* l. ult. ff. & d. §. sancta. Inst. eod. est a. violare, scalis admotis aut quâ aliâ ratione transcendere.

CAP. XVII.

De rebus publicis.

RES humani juris sunt *p* publicæ, aut privatæ. Publicarum *q* rerum generaliter acceptarũ species tres; res communes; publicæ in specie; universitatis. Communes *r* sunt, quæ primùm à natura proditæ in nullius adhuc dominium pervenerunt. Communia quatuor; aër; mare; litus maris; aqua profluẽs. Quid sit aër, quid mare cuivis notum. litus *s* est, quà maximè fluctus exæstuat. Aqua profluens, est aqua fluminis *t* ad lavandum & potandum jure naturali concessa. Proprietas harum rerum *u* nullius, ideoque nec ullum earum commercium. Hominum singulorum hîc propria duo, *x* usus, ad quem naturâ proditæ sunt; item *y* occupatio. Ad usum hunc tuendum, qui impeditur aut opere facto aut manu *z*, comparatum est interdictum, ne quid in loco publico, tum etiam actio injuriarum. Res publicæ, quas specialiter ita accipimus, sunt, quæ *a* finibus alicujus gentis includuntur, ut flumina *b*; portus *c*; alveus *d* fluminis, quamdiu à flumine occupatur; ripæ. Harum rerum omnium proprietas nullius,

p Distinctio est Gaji in l. 1. ff. d. tit. Iustiniani illa in pr. Inst. eod. etiam res divini juris complectitur. *q* Publica trifariam accipiuntur, 1. ex persona possidentis, ut res fisci. l. 17. de V. S. 2. quæ in usu sunt publico, sive omnium hominũ. l. 14. de acq. rer. dom. l. 112. de V. S. quæ cõmunia dicuntur: sive unius alicujus civitatis, quæ universitatis, l. 2. ne quid in loc. pub. sive unius alicujus populi aut plurium, quæ denique publica in specie. Inst. de rer. div. in pr. & §. 2. *r* Quæ generali vocabulo ita definiuntur à Nerat. in l. 14. de acq. rer. dom. add. §. 1. Inst. & l. 2. ff. de rer. div. *s* §. 3. Inst. eod. l. 69. 112. de verb. sign. Cic. in topic. *t* Flumen ipsum publicum, aqua fluminis communis, illud semper idem, hæc alia atque alia; illo ad navigandum, hac ad hauriendum, lavandum utimur, Baro ad §. 1. Inst. eod. *u* d. l. 1. de rer. divis. §. litorum, Inst. eod. *x* l. 4. in pr. & §. 1. l. 5. §. ult ff. & d. §. litorum. Inst. eod. *y* l. 2. § 8. l. 3. §. 1. l. 4. D. ne quid in loc pub. l. 14. de acq. rer. dom, modò ne usus publicus impediatur. *z* l. 1. & d. l. 2. in pr. §. 8. & 9. ne quid in loc. pub. l. 13. §. si quis me. de injur. *b* §. 2. Inst. eod. perennia l. 1. §. 3. de fluminib. idcirco (pene) addidit Marc. l. 4. ff. eod. *c* d. §. 2. d. l. 4. Est a. portus locus conclusus, quo importantur merces. l. 5[illegible]. de V. S. *d* l. 7. § quod si. de acq. rer. dom. §. 23. Inst. eod. Alveus est spatium i[illegible]ud flumen [illegible]num, per quod fluit. d. §. 23.

nullius,

nullius, si ripas exceperis, quarum proprietas *e* eorum est, qui prope ripam prædia possident. Usus hîc item *f* singulorum, & nonnulla occupatio, de qua postea. Usum tuentur *g* interdicta quædam, si quid immissum vel inædificatum quid sit, quod publico noceat. Universitatis *h* sunt, quæ unaquæq; civitas sibi constituit, ut usibus *i* civium deserviant, ut theatra, stadia, basilicæ, aræ, agri, & alia id genus. Hæc à superioribus distant (quanquam ne horum quidem *k* proprietas ullius) duabus rebus, institutione & occupandi modo. Res communes & publicæ naturâ proditæ sunt, ut essent in usu publico; res universitatis publicæ sunt instituto *l* & voluntate civitatis. Si quid in litore ædificetur, fit ejus, qui ædificaverit, ideò privatum, sicut in alveo fluminis puto privatum fieri. In viis autem publicis si quid ædificetur, fit publicum: unde & his ædificiis *m* solarium imponitur. Usum autem harum rerum tuebimur interdicto *n* prohibitorio, ne quid in loco publico: item actione *o* injuriarum.

e §. riparum. Inst. l. 5. D. eod. de usu ig. solo accipienda est l. 3. de flum. ripa definitur ea pars terræ, quæ flumẽ cõtinet naturalẽ vigorem cursus sui tenens. l. 1. §. 5. d. l. 3. de flum. *f Qui sunt ex eo populo, cujus fines flumen alluit, in quo distant à rebus omniũ communibus.* *g l. 1. in pr. & §. pen. & ult. de fluminib. l. 1. ut in flum. pub.* *h l. 6. §. universitatis. ff. & § 6. Inst. eod.* *i Ob hanc caussam publica passim vocantur, §. 2. Inst. de inut. stip. §. ult. Inst. de emp. & vend. l. 6. de cont. empt. Communio a. usus non videtur latius patere, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis: ut in hoc quoq; differant à superioribus.* *k Ut publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed publico usu habentur. d. l. 1. eod. d. l. 6. de cont. empt. Hodie publica ferè omnia in dominio & jure principũ quodammodò habentur.* *l Quod indicat Paul. l. 34. §. 1. de cont. emp. nec n. res hujus generis aliter publicæ fiunt, quam si publicatæ sint ab iis, qui jus publicandi habent, l. 2 §. 38. ne quid in loc. pub.* *m Vectigal, quod pro solo penditur. l. 2. §. 17. d. tit. quod argumentum est, jus summum penes civitatem esse, usum a. ædificantibus relinqui, quamdiu vectigal penditur. ut est agrorum vectigalium conditio. l. 1. & 2. si ag. vect.* *n d. l. 2. in pr. & d §. si quis. 17. ne quid in loc. pub. restitutorium non passim hîc competit. l. ult. d. tit.* *o Si quis me in publico balneo lavare, aut in publica cavea sedere prohibeat. Rectè Cic. 3. de fin. Theatrum cum commune sit, rectè tamen dici posse ejus esse eum locum, quem quisque occupavit.*

CAP. XVIII.

De rebus privatis, seu de acquirendo rerum dominio.

RErum humani juris genus alterum superest, res privatæ. Hoc loco duo hæc summa spectabimus: primùm, quæ sint res privatæ: secundum, quantum quis-

quisque juris in iis habeat. Res *p* privatæ sunt, quas jure quisque sibi acquisivit: nec posteà alienavit aut amisit. Acquisitio hæc duplex; aut juris gentium, aut civilis. In utraque autem tria hæc consideranda; res, quæ acquiritur; modus acquirendi; acquirentis persona: in traditione præterea etiam persona tradentis & tradendi causa. Sed cum acquirendi modus pro rerum conditione sit varius, eum cum rebus ipsis conjungemus, ab eoque capiemus exordium.

Igitur jure gentiū acquirimus aut facto nostro, aut vi & beneficio rei nostræ. Facto nostro jure gentium res nobis acquiritur apprehensione nostrâ, ubi eam *q* possidere cœperimus. Verùm non *r* quævis res nobis quavis apprehēsione acquiruntur. Interest enim utrū res nullius sint, an alicujus propriæ. De rebus nullius hæc juris *s* regula est; Quod ante nullius est, hoc occupanti conceditur. Nullius esse hîc accipiemus, quæ nec *t* proprietate nec usu sunt cujusquam. Sunt enim quatuor species, quæ quamvis nullius sint: tamen, quia non omni ex *u* parte nec omni jure nullius, occupanti non cedunt: ut homo liber, res divini juris, res publicæ, res hereditariæ nondum adita hereditate.

p Res privatæ naturâ nullæ, sed quacunque ut oportet, jure gentium aut civili quæsitæ sunt, l. 1. de acq. rer. dom. §. singulorum, Inst. eod. l. ex hoc jure. ff. de just. & jur. Cic. 1. offic.

q Rerum dominia, ut, Nerva filius dicebat, à naturali possessione cœperunt, l. 1. §. 1. de acq. poss.

r Satis cōstat earum rerum nullam esse acquisitionē: quæ commercio exemptæ sūt l. 6. l. 32. de cont. emt. aut quarum alienatio interdicta, ut fundi dotalis, rerum minoris, quæ servando servari possunt, tot. tit. ff. de fund. dot. in pr. Inst. quib. al. lic. tit. C. de reb. eor. qui sub tut. *s Tradita in l. 3. ff. & §. feræ. Inst. eod.* *t Neque publicè neque privatim: ut in eis occupandis nihil detrahatur alteri. quo defenditur æquitas hujus acquisitionis.* *u Liberi hominis propria libertas, & cætera, quæ personæ ejus tribuuntur. Rerum sacrarum usus hominum est, licet non promiscuus aut profanus. Publicarum usus promiscuus, proprietas quodammodo populi. Res hereditariæ omni ex parte sunt privatæ, & hereditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, l. 34. l. 61. ff. eod.*

CAP. XIX.

De rebus nullius.

EArum rerum, quæ nullius sunt, duo sunt genera: aut enim sunt eæ, quæ naturâ nullius unquam in potestatem venerunt; aut quæ cum alicujus fuissent, postea ejus esse desierunt. Naturâ nullius sunt animata vel inanimata. Animata sunt ferę omnes. Earum

z l. 5. §. 2. 5. 6 ff. §. 14. 15 16. Inst. eod.

Plinius autor est. in omnibus animantibus, cujusctunq; generis nullum est placidum, ejusdē invenies & ferum, lib. 8. cap. 13.

y Qui à nobis possidentur. l. 3. §. item feras. 14. de acq. poss.

z l. 1. & 3. ff. § fera. Inst. eod inclusa caveis aut vivariis nostra sunt. d. l. 3. §. 14. de acq. poss.

a Occupatio ferarū est naturalis earū libertatis ademtio & in potestatē nostram redactio. d. l. 1. in fin. & d. l. 5. §. 1. eod.

tria genera; volucres, pisces, bestiæ agrestes. Aves *x* omnes capientium fiunt, exceptis iis, quarum non est fera natura, quales ferè sunt gallinæ, anates, anseres. Piscium nulla dubitatio, nisi *y* piscinis fuerint inclusi. Bestias *z* agrestes eas intelligimus, quæ silvis & latibulis sese continent. Hæc omnia tum *a* cepisse intelligimur, cum in potestatem nostram pervenerunt nobis *b* scientibus. Inanimatarum rerum, quæ nullius sunt, species quatuor: res communes, ut aër, mare, litora maris, aqua profluens. Proinde quidquid in iis *c* occupaverimus sine damno usus publici, nostrum fit. Secundò ea, quæ in *d* mari & litoribus nascuntur, ut insula in mari enata; gemmæ, lapilli, conchylia in litoribus inventa. Tantum autem in insula nostrum facere intelligimur, quantum aut ædificio occupamus, aut terminis positis includimus: cætera ita quisque sua efficit, si ea manu *e* occupet, ut sibi habeat. Tertiò ea omnia, quæ in flumine publico nascuntur, nec per accessionem vicinis cedunt. Quidquid igitur ex iis sine impedimento usus publici occupaverimus, nostrum fit: ut sunt arena, pisces, concha & *f* similia, quæ *g* alveo non cohærent: insula item inter agros *h* limitatos enata. Quartò species ex aliena materia facta.

b Ex rebus nullius nihil nobis acquiritur, nisi scientibus, d. l. 3. §. Neratius, de acq. poss. Apud nos princeps, ut accepi, soli sibi jus venandi vindicat, contendens nobiles id ab se precariò possidere: qui tamen suo se id jure facere contrà asserunt. Illud certum est, non omnibus promiscuè venari licere, Aucupii laxior libertas. c *De ædificio posito in mari, est in l. pen. de rer. div. in litore, est in l. 14. de acq. rer. dom. l. 2. 3. 4. ne quid in loc. publ. adhibendum tamen magistratus decretum, maximè hodie, cum litora in potestate supremi magistratus habeantur, l. 50. de acq. rer. dom.* d *l. 7. §. insula. Inst. eod. l. 3. de rer. divis. §. item lapilli. Inst. eod. Quidquid a. fluctibus naufragum expellitur, non fit inventoris §. ult. Inst eod. & nostris moribus defertur ad quæstorem* (de Rentmeester vande Espargnes) *Hic illud custodiet annum & sex septimanas, ut interim dominus suum recuperare possit, eo tempore elapso publicatur.* e *Non n. ut quisq; cœpit hæc videre & notare oculis, sua efficit, sed si ea apprehenderit, l. 1. §. 1. ff. de acq. poss.* f *Piscandi quoque jus omnibus commune. §. 2 Inst. eod. sed & huic juri civilis ratio modum præscripsit, ne omnes promiscuè everriculis aut excipulis piscentur.* g *Quid si ædificatū sit in flumine? si publico noceat, ædificiū tolletur. si non noceat, manet, ita, ut fiat privatū, an ædificantis? quod penè dixerim arg. l. 24. in pr. de dam. inf. diss. D. n. hodie publicū fieri non dubito. quia sine consensu principis ædificare non licet.* h *l. 1. §. si insula. de flum. aliás juxta regulam ejus est, cujus ripam contingit. d. loc. d. §. insula. Inst. hoc tit.*

Si quis *i* ex aliena materia speciem fecerit suo nomine, bona fide, quæ nec ad pristinam materiam reverti potest, is speciei dominus est. Quatuor hîc concurrere oportet. Primùm ut ex aliena materia speciē fecerit, hoc est, rei totius formam mutaverit: Quare nec frumentum *k* ex alienis spicis excussum, nec lana *l* aliena purpureo colore tincta, nec quidquam, cujus externa tantùm figura mutatur, huc pertinet. Secundò, ut hoc faciat *m* suo nomine: jure gentium enim volentibus tantùm adquiritur: sin alieno nomine fecerit, acquiritur *n* ei, cujus nomine species facta est. Tertiò, ut adsit *o* bona fides: alioqui si *p* sciverit materiam esse alienam, operam suam donasse intelligitur. Quartò, ut ne *q* species ad eandem materiam possit reduci: alioquin non *r* habebitur pro extincta, manebitque ejus, qui *s* materiæ dominus fuit. Effectus hic: Si species acquiratur ei, qui fecit, materiæ domino actio in *t* factum datur ad æstimationem consequendam. Sin aliquo casu materia domini manserit, hîc bonæ fidei possessori datur adversus vindicantem *u* doli exceptio, ne & impensarum & operæ jacturam faciat. At malæ fidei possessor operam suam *x* donasse intelligitur.

Alterum genus est earum rerum, quæ dominos habere desierunt. Res à dominis abeunt aut volentibus, aut invitis & casu. Volentibus ea, quæ pro derelictò

i l. 7. §. cum quib. de acq. rer. dom §. cum ex al. Inst. eod.

k d. l. 7. §. cum quis, in fin. ubi notanda distinctio Gaji à Tribon. omissa in d. § cũ ex aliena.

l l. 26. §. ult. eod. lana tincta lana esse non desinit. l. 32. §. Labeo. de aur. arg. leg.

m Quod à Gajo disertè additũ. dict. loc. neque n. possessio, à qua naturalis omnis acquisitio cœpit, aliter quã volentibus acquiritur, l. 1. §. 1. l. 3. de acq. poss.

n l. 25. ff. eod. arg. l. 20. §. ult. eod. §. pen. Inst. per quas pers.

o De bona fide nihil quidem aut Gajus aut Inst. exprimit: sed id ex eo satis intelligitur, quod Gai. addit, suo nomine. d. l. 7. §. cum quis. Nam quod VVesenb. ait ad d. §. cum ex al. ubi de naturali acquisitione quæritur, non esse disputandum de bona malavè fide, durum omnino & æquitati naturali contrarium est. *p l. 12. §. 3. ad exhib. qui locus apertissimè confirmat id, quod de bona fide diximus.* *q Ut vinum, oleum, mulsum, ad uvas olivas, mel reduci non potest, d. l. 7. & d. §. cum ex al.* *r Cum species ad pristinam materiam reverti potest, materia ad huc extare videtur, ut vas ex ære aut argento conflatum l, 24. eod. l. 78. §. illud, de leg. 3. At quæ in sua initia redigi non possunt, ea extincto eo, quod prioris domini fuit, occupanti juxta regulam cedunt.* *s In hoc igitur casu Sabini, sicut in superiori Proculi, obtinet sententia. d. l. 7. §. cum quis.* *t Sicut evenit in omnibus causis, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, l. 23. §. 5. de rei vind idq; ex sententia leg. Aquiliæ, tanquam, de damno dato, l. 11. de præs. verb. § ult. Inst. de leg. Aquil.* *u d. l. 23. §. 4. l. 48. de rei vind.* *x d. l. 7. §. pen. quo casu vera est definitiò Pauli d. l. 12. §. 3. ad exhib. quod ex re nostra fit, nostrum esse.*

habentur. Res *y* pro derelicto haberi dicitur, quam dominus eà mente abjecit, ut eam ampliùs in numero rerum suarum esse nolit: ideoque *z* statim ejus esse desinit & fit occupantis. Casu & dominis invitis quæ nullius fiunt, sunt tria, feræ bestiæ; locus in litore ædificio occupatus; thesaurus. Feræ omnes anteà à nobis captæ, simul atq; in *a* libertatem sese receperunt, nostræ esse desinunt, & fiunt occupantium. Locus in litore ædificio sublato ejusdē juris *b* efficitur, cujus est mare. Thesaurus item quodammodo dominū habere desinit. Thesaurus est vetus quædam *c* depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominū non habeat, De quo sic habeto. In suo qui thesaurum invenerit sive casu sive quæsitum non malis artibus, totus *d* ei cedit. Sin quis reperiat in alieno, aut publico loco sive religioso; interest utrum casu hoc, an de industria contigerit. Si casu, pars dimidia inventori, pars altera aut privato, cujus est locus, aut fisco, si *e* publicus est, conceditur. Sin verò datâ operâ inventus sit, totus aut privato, cujus est locus, aut fisco adjicitur.

y Definitio est Inst. §. pen. Inst. eod. Non si quis nolit dominus esse, dominiū continuò amittit. l. 17. §. 1. de acq poss. sed res eo animo abjiciatur necesse est.

z Etiam antè, quam ab alio occupetur, l. 2. pro derel.

a l. 3. ult. l. 5. in pr. ff. §. feræ. in fin. Inst. eod. feræ. quæ commeare solent, nostræ esse desinunt, cum consuetudinē revertendi omiserunt. d. l. 5. §. 5. §. pavonum. Inst. eod.

b Si modò recipit pristinam litoris speciem, l. 14. in fin. §. eod. sic n. quasi postliminiò revertitur in pristinam causam, l. 6. in pr. de rer. div.

c l. 31. §. 1. eod. l. un. C. de thesaur. lib. 10. Cassiodor. lib. 6.

d §. thesauros, Inst. eod. d. l. un. C. de thes. l. 63. ff. de acq. rec. dom.

e l. 3. §. si in locis, ff. de jur. fisc. d. §. thesauros. Quid si in loco sacro aut religioso privato, uti est sepulchrum familiare adisve? nimirum locus hic est constitutioni Adriani. d. §. thesauros. Donelli alia hac de re disceptatio est:

CAP. XX.

De rebus alienis per traditionem transferendis.

QUæ sint nullius, exposuimus: restat alterum genus earum rerum, quæ sunt alienæ, videlicet, in alicujus dominio. De ea enim acquisitione nunc quærimus, cujus effectus est jus illud, quod dominium vocamus. Cætera jura in rem cùm ad juris illius dominici imminutionem spectent, & maxima ex parte adinventa sint jure civili, de iis posteà, cognitis utriusque acquisitionis effectis, dicendi dabitur occasio.

Acquiruntur igitur res alienæ aut voluntate domi-

ni; aut domino invito. Voluntate domini per *f* traditionem. In traditione satis constat rem geri inter tradentem & accipientem: proinde istriusque *g* persona hîc spectanda. In tradente tria exigimus; ut possit tradere; si possit, ut velit; si potest & vult, ut tradat. Tradere rem potest *h* solus dominus, aut qui vice domini fungitur. Et dominus quidem semper hanc potestatem habet, nisi obstet aut conditio personæ ejus, puta si minor sit, aut pupillus; aut alienatio rei interdicta, ut fundi dotalis; aut causa, ex qua res traditur, jure prohibita, ut donatio *i* inter virum & uxorem. Vice domini funguntur quidam voluntate ejus, quidam jure. Voluntate domini, procurator, cui hoc specialiter mandatum est, aut cui libera *k* bonorum administratio concessa; item *l* creditor in pignore. Jure; tutor *m*, curator. Ut quis velit transferre, tria concurrere debent: ut sciat verè rem suam esse; quippe cum nemo *n* errans in re sua dominium ejus transferat: ut justa *o* traditionis causa præcedat, ex qua dominium transire solet, ut emptio venditio, permutatio, & similes contractus: tertium proprium in venditore, ut *p* pretium solutum sit aut aliter ei satisfactum, vel ut emptori fidem habeat. Postremò requiritur *q* traditio, ut cum potest, vult, tum & rem tradat: neque enim aliter dominia rerum jure gentium transferuntur. Est autem tradere, rei *r* prehendendæ & tenendæ potestatem facere.

In accipiente duo hæc sunto: primum ut in traditione consentiat: deinde, ut & rem traditam acci-

f §. per traditionẽ, Inst. l. 9. §. 3. ff. eod.

g Quod in omnibus rebus, quæ dominiũ transferunt, perpetuum est. l. 55. D. de obl. & act.

h Nemo n. plus juris in aliũ trãsferre potest, quam ipse habet. l. 54. de R. I. ex quo & hoc sequitur, dominium eâdem conditione transire, quâ apud nos fuit. l. 20. ff. h. tit. nisi quid aliud nominatim constituatur.

i tot. tit. ff. & C. de don. int. vir. & ux.

k l. 9. §. 4. ff. §. nihil a. Inst eod add. Duar. cap. 9. de procur.

l §. 1. Inst. quib. al. lic. l. 45. ff. de acq. rer. dom. l. 4. de pign. act.

m Tutor & curator quatenus in rebus transferendis pro dominis habeantur jam antè demonstratum est. *n l. 35. ff. eod. l. 15. de jurisd. si quis a. non erret in dominio rei suæ, hic error alienatione non obstat: ac proinde indebiti per errorẽ soluti nulla vindicatio est, sed tantùm condictio §. 1. Inst. quib. mod. re cont. obl* *o l. 31. ff. eod. quippe sine justa tradendi causa voluntas domini nulla esse potest, nihil a. refert, revera præcedat causa, an opinione tradentis, ut videre est in indebito soluto.* *p § venditæ. Inst. eod. l. 19. ff. de cont. empt.* *q Traditio enim acquisitionem perficit, non nuda & sola pacta, l. 20 C. de pact. si igitur duobus prædium venditum est, is in detinendo dominio potior erit, cui priori traditum est, l. 15. C. de rei vind. add. quæ ibi notat Gothofr.* *r Sive res verò tradatur, sive potestati nostræ permittatur, de quo paulò post.*

 piat.

piat. Consensus duabus rebus constat. Una est, ne in *s* corpore rei traditæ ullus error interveniat; altera, ne in *t* fine traditionis, ut dominium nanciscatur, dissentiat, quod ex causa *u* præcedente æstimandum. Postremò apprehẽsio rei traditæ duplex, vera & propria; aut minus perfecta. Propria cum *x* naturaliter res corporalis mobilis manibus prehenditur, in immobilem † ingredimur. Naturalis hæc apprehensio non est necessaria in tribus causis. Prima est, si tradẽs se *y* alterius nomine possidere constituat; secunda, si res custodiæ & potestati nostræ subjiciantur; quod fit *z* quatuor modis; oculis & adspectu; clavibus traditis; custode apposito; re domi nostræ depositâ: tertia, si *a* instrumenta venditionis tradantur. Quod si quæratur, num præter superiora quidquam desideretur amplius ad dominium transferendum. Negabimus constanter, nisi quod in donationibus quibusdã, si *b* 500 aureos excedant, acta intervenire oporteat. Cæterùm quin sine *c* vacuâ possessione (ea est, cum † nemo alius rem animo absens tenet, possidet) dominium transferri possit, non dubitamus.

Traditionis species quædam est communicatio. Ut enim rem totã transferre possumus, ita & per rerum communicationẽ *d* partum ejus rei pro indiviso: pro

s l. 36. de acq. rer. dom. atqui nihil agi. t nr. l. 34. de acq. poss. t Affectũ n. ex utraque parte contrahentium concurrere oportet. l. 55. de obl. & act. u Igitur si ego pecuniam tibi dederim quasi mutuã, tu quasi commodatam ostentandi causã acceperis, certũ est nullam esse translationem, l. 18. §. 1. de reb. cred. Quid si causa utrinq; subesse existimetur, ex qua dominium transferatur? Julian. sine distinctione efficacem esse traditionem respondet. l. 36. de acq. rer. dom. nec diss. Ulp d. l. 18. in pr. vid. Don. ibid. & lib. 4. com. C. 18. ejusq; Ennel. eod. loc. x *Vera n. ratio acquirendæ possessionis est, cum res corpore prehenditur, l. 1 §. 1. l. 3. de acq. poss.* † *Quod tamen moribus nostris sublatum est: sufficitq; dominii translationem fieri coram judice loci.* y *Ita n. & ille possidere definit, & alium possessorem suo ministerio facit, nempe eum, cujus nomine possidere incipit. l. 18 in pr. de acq. poss.* z *Quos ordine ostendunt hi loci. l. 1. §. pen. de acq. poss. l. 74. de cont. emp §. item si. inst de rer. div. l. antep. de acq. poss. §. interdum. Inst. d tit.* a *Symbolica hæc traditio constitutionibus est recepta. l. 1. C. de don.* b *§. 2. Inst. de don. l. pen. in fin. C. eod.* c *Arg l. 16. de fund. dot. l. 2. §. 1. de act. emp. junct. tot. tit. quæ in fraud. cred. arg. l. 9. C. de loc. l. 54. §. ult. de acq. rer. dom. Et cur quæso aliena absentis possessio obstabit domino, quo minùs ille suum jus transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat sine cujusquam impedimento? præsertim cum nihil commune habeat proprietas cum possessione. l 12. §. 1. de acq. poss. atque huic sententiæ accedit communis assensio; eoq; jure utimur.* † *Vacua possessio non intelligitur, nisi quæ libera sit & vacua ab omnibus, qui eam possident tenentvè. d. l. 2. §. 1. de act. emp. Menoch. rec. poss. remed. 13. num. 4.* d *Arg. l 76. de rei vind. Hot. in §. quod si. 28. Inst. de rer. div. speciem esse putat societatis re & facto contracta, l. 4. pro soc.*

rata

rata tamen portione, quam quisque contulerit. Communicationis species *e* duæ, confusio & commixtio. Confusio est materiarum, commixtio granorum & similium rerum. Hęc igitur si consensu dominorum aut expresso aut tacito confusa aut mixta fuerint, totum corpus, quod inde existit, commune fit. Sin hoc fiat dominis invitis, in *f* granis quidem dominium non transit, quia singula corpora integra manent. In confusione placuit nihilominùs *g* communionem fieri, de quo postea enucleatiùs dissereretur.

e § si duorũ & d. §. 28. Inst. eod. l. 7 §. volũtas, ff. eod.
f Quia singula corpora in sua substãtia durant. d. §. quod si 28.
g Si materiæ confusæ diduci non possunt, d. §. si duorum. l. 3. §. ult. ff. de rei vind.

CAP. XXI.

Quæ res quomodo nobis acquirantur citra domini voluntatem.

INvitis dominis res nobis acquiruntur aut bello, aut bonâ fide nostrâ. Bello quæcunq; ex hostibus capiuntur *h* capientium fiunt. Hostes sunt, quibus nos, aut ipsi nobis, publicè *i* bellum decrevimus. In hac acquisitione duo spectanda; res; & quibus eæ acquirantur. Principiò manifestum est, omnes res, sive *k* mobiles sive immobiles, hostibus ereptas capientium fieri. Sed aliàs publicæ fiunt, aliàs privatæ. Publicæ fiunt & reip. acquiruntur, si ab universo exercitu, vel à populo captæ sunt, vel si dux eas occupari jusserit: quo in numero est *l* ager hostilis & *m* præda devictis hostibus capta. Privata sunt cujusque, quæ quisque *n* privatim capit. Cæterum hæc omnia pristinam quasi postliminiò conditionem *o* recipiunt, simul atque ad suos redierint, aut ab hostibus fuerint recepta.

Ad bonam fidem nostrã si aut necessitas accesserit aut æquitas, res à domino invito ad nos transibit. Ne-

h l. 5. § ult. ff h tit. §. 17. Inst. eod.
i Cæteri latrones & prædones sunt, l. 118. de verb. sign. l. 24. de capt. & postl.
k Sive profana sint sive sacræ aut religiosæ l. 36. de relig. adeò, ut & liberi homines in servitutẽ deducantur, l. 7 h. tit. §. 17. Inst eod. Verùm hoc captivitatis jus hodiè non observatur inter Christianos.
l Ager, qui ex hostibus capitur, publicari dicitur. l. 23. §. 1. de capt. & postl.
m Id est, spolia, quæ capiuntur devictis hostibus, unde qui prædam surripuit, lege peculatus tenetur. l. pen. ad l. Iul. pecul.
n Qualià sunt mobilia omnia, quæ quisque durante bello necdum superatis hostibus capit.
o l. 19. de capt. & postl. §. 5. Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. 7. de acq. rer. dom. l. 36. de relig.

ceſſitas in nummis alienis, quos quis acceptos bonâ fide ita ſuis miſcuit, ut p diſcerni non poſſint. Inmixtio hæc vim conſumptionis, conſumptio ſolutionis habet. Priori autem domino, ſi nihil conſequi poteſt ab eo, qui nummos dedit, adverſus eum, qui miſcuit, actione in q factum conſuletur. Æquitas in eo; Si quis fundum bonâ fide emerit, vel ex alia r juſta cauſa traditum ſibi à non domino acceperit, fructus ex eo perceptos pro cultura & cura ſuos facit. Verùm de eo commodius poſtea, ut pote exceptione ſequentis capitis.

p l. 78. de ſolut. notum eſt nummis conſumptis naſci condictionê, ceſſante nimirû rei vindicatione, l. 31. §. ult. l. 13. de reb. cred.

q Vt in re non diſsimili reſponſum eſt in l. 23. §. 5. de rei vind.

r Rejectâ diſtinctione inter tit. onerosum & lucrativum: Non enim pro titulo, ſed pro cultura & cura fructus bon. fid. poſſeſſori tribuuntur, §. 35. Inſt. h. tit. quamvis ſine titulo bon. fid. poſsidenti non indiſtinctè. l. 45. de uſur.

CAP. XXII.

De iis, quæ poteſtate rei noſtræ nobis acquiruntur.

HActenus quibus modis res nobis acquirãtur jure gentium facto noſtro: reſtat membrum alterum à nobis propoſitum, ut videamus, quæ ſit acquiſitio poteſtate & beneficio rei noſtræ. Beneficio rei noſtræ duo genera rerum adipiſcimur; fœturam, & acceſſionem. Fœturam voco, quidquid ex rebus noſtris natum editumvè eſt: acceſſionem, ea omnia, quæ rebus noſtris accedunt, & ab iis quaſi trahuntur. Fœtura tribus in rebus. Primùm partus ex ancillis noſtris nati omninò noſtri † fiunt. Secundò fœtus quicunque ex animalibus dominio noſtro ſubjectis editi s nobis acquiruntur. Tertiò omnes t fructus ex fundis ſive agris noſtris nati ad nos pertinent: in quo generalis hæc & certa definitio tenenda, Fructus u omnes non jure ſeminis, ſed jure ſoli percipi.

Interdum tamen alterius fiunt fructus fundi, cum alter ſit fundi dominus. Id duobus tributum: fructua-

† § Pen. Inſt. de jur. perſ. l. 7. C. de rei vind.

s l. 2. & 6. de acq. rer. dom. §. 19. Inſt. eod.

t l. 25. in pr. & §. 1. de uſur l. 11. C. de rei vind.

u Quippe res noſtra, cujus quod ex ea naſcitur pars eſt, hæc nobis commoda parit, non ullum factum, non ſatio aut plantatio. d. l. 11. C. de rei vind. d. l. 25. de uſur. add. l. 1. §. 2. de vent. inſp. l. 5. §. idem, l. 44. de rei vind.

riis, & bonæ fidei possessoribus. De jure fructuarii dicetur posteà inter genera servitutum: Nunc de bonæ fidei possessoribus. De his ita jus est; Bonæ fidei possessor x fructus ex aliena re perceptos jure gentium omnes suos facit pro † cultura & cura, consumptos etiam omnes lucratur. Tria huic acquisitioni locum faciunt; persona possessoris, res, quæ acquiritur; acquirendi modus. In possessore duo exiguntur; ut possideat, id est, animo & affectu domini rem teneat; inde, ut possideat bonâ fide. Possessor igitur bonæ fidei y est qui rem animo dominantis tenet, & justam causam habet, ob quam existimet bonâ fide rem ad se pertinere. Res, quæ acquiruntur, sunt fructus. Fructus z est, quidquid ex re re nascitur percipiturvè, ad quod percipiendũ ea res comparata est. Fructuum, qui quidem ad hanc perceptionem a pertineant, species duæ: sunt enim qui sponte b magis & natura proveniunt: sunt, qui magis hominum c operâ & culturâ: illi naturales, hi industriales vulgò appellantur, quod in illis natura dominetur. in his humana industria. Modus acquirendi in solâ perceptione. Percepti fructus tunc intelliguntur, cum d quoq; modo à solo separati sunt. ¡Sed quinam fructus quatenus perceptione acquirantur, quæritur. Ego in ea sum hæresi, ut existimem perceptos quidem omnes bonæ fidei possessori interim e acquiri: sed domino rem suam vindicanti f extantes

x d.l.25.§.1. de usur. l.48. de acq. rer. dom. d.§.35. Inst. eod. l.4. §.2. fin. reg. † Coluntur agri, curantur pecora, planta. l.7.§. non solum. ff. sol. mat. ut vel hinc intelligatur, fructus omnes perceptos fieri bon. poss. d.l.48. ff. h. tit. y d.§.35. l.109. de V.S. l.27. de cont. empt. bona autem fides præsumitur, donec contrarium probetur. l. pen. C. de evict. Per singula momenta quoad hanc acquisitionem inspicitur. d.l.48. §.1. quamvis fructus post litis contestationem possessor tantisper percipiat. d.l.25.§.ult. de usur. z Fructus à ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. Varr. 4. de ling. Lat. quod verò non ex re, sed ratione rei percipitur, propriè in fructu non est, quamvis rei utilitatem contineat, ut usuræ, pensiones l.136. de V.S. l.62. de R.V. l.36. de usur. a Usura & cætera obventiones, quæ non ex corpore rei, sed propter rem civili ratione percipiuntur, fructusq; civiles dici possunt, huc non pertinent. vid. cap. 72. inf. b Ut poma, ligna, fœnum l.45. de usur. l.31. de V.S. Quid ea, quę ex animalibus percipiuntur? Pleriq; industrialibus adscribunt. l.28. de usur. non displicet Bart. opinio judicis arbitrium requirentis ad l. ex diverso. de rei vind. add. Covar. 1. resol. 3. n.6. c Ut segetes, vinum, oleum, legumina d.l.45. l.78. de rei vind. d Plus hîc tribuitur bon. fid. possessori, quam fructuario, cujus fructus non fiunt, nisi ab eo percepti sint, hoc ideo, qui bon. fid. possessor jure soli, ut dominus, fructus percipit, fructuarius non item. d.l. 25.§.1. de usur. l.13. quib. mod. ususfr. e d.l.48. de acq. rer. dom. l.28. de usur. d.§.35. Inst. de rer. div. exemplo fructuarii, qui minus tamẽ juris habet. d.l.25.§.1. de usur. f l.22. C. de rei vind. d.§.35. l.4.§.2. fin. reg. Pendentes pars fundi habentur. l.44. de rei vind. fit tibi instar omnium unus VVesenb. ad d.§.35.

omnes, id eſt, nondum conſumptos officio judicis reſtitui: conſumptos autem omnes ſuos facere ſine ullo metu *g* reſtitutionis, ne æſtimationis quidem. Malæ fidei poſſeſſoribus *b* nihil hîc tributum.

g Si ad perceptionẽ conſumptio acceſſerit, tũ demũ irrevocabiliter fiunt bon. fid. poſſeſſoris. dd. loc. unde & eos ſolos lucrari dicitur. d. l. 4. §. 2. fin. reg. *h Igitur extantes ab iis vindicari, conſumti condici poſſunt neq; de his tantùm, quos percepit, ſed & de iis, quos percipere potuit, tenetur. l. 5. l. 22. C. de rei vind. §. 1. Inſt. de off. jud.*

CAP. XXIII.

De acceſſionibus rerum noſtrarum.

DE fœtura hactenus, ſequitur acceſſio, ea eſt aut à fluminibus, aut ab hominibus. A fluminibus rerũ mobilium, aut immobilium. Res mobiles agro noſtro adjiciuntur aut vi fluminis & tempeſtate; aut alluvione. Vi fluminis à vicino agro avulſa, ſi in prædia noſtra disjecta fuerint, tunc iis cedent, cum coaluerint *i* & unitatem cum prædiis noſtris fecerint. Alluvio eſt incrementum *k* fluminis latens, ita ut intelligi in difficili ſit, quantũ quoquo momento adjiciatur: ideoque quæ per alluvionem adjiciuntur, ſtatim noſtra fiunt. Cæterùm in agris limitatis *l* alluvioni nõ eſt locus. Res immobiles beneficio prædii noſtri, quod prope ripam eſt, duas adipiſcimur *m*; alveum à flumine relictum; & inſulã in flumine natã vado coherentẽ. Utrumq; autẽ pro latitudine *n* cujuſque prædii, quæ prope ripam ſit.

Ab hominibus acquiſitionis ſpecies ſunt duæ, in quibus res noſtræ alias ad ſe trahunt; confuſio, & conjunctio. Confuſio eſt duarum materiarum liquidarum invicem permixtio. Et fit aut voluntate dominorum; aut

i l. 7. §. 2. ff. §. 21. Inſt. h. tit. l. 9. § Alfenus. de damn. inf. quamdiu a. pars ita avulſa nondũ coaluit, manet ejus, cujus fuit. manet enim eadem ſpecies ſeu idẽ individuum, ut loquuntur. *k §. præterea. Inſt. d. l. 7. §. 1. ff. eod. Equitas hujus acquiſitionis & in eo, quod quę alluvione accedunt, ita lente & obſcurè detrahantur aliis locis, ut intelligi non poſſit quorũ priùs fuerint, aut quibus detracta.* *l l. 16. ff. eod. Sic hodie, quandò ager à principe in feudũ conceditur intra certos limites ac fines præſcriptos, jus alluvionis (quod principes ſibi vendicant tametſi res controverſa) ceſſare puto. De variis agrorum ſpeciebus vid. Frontin. Agg. Vrbic. & Hygen. ager a. limitatus quid ſit, ſatis intelligitur ex d. l. 16. cui add. l. 11. de evict.* *m d. l. 7. §. 5. §. 22. Inſt. eod. quia tum populus eo ampliùs non utitur. l. 30. §. 1. eod. Novus a. alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen eſt. Inundationis alia ratio eſt: nam cum ea ferè repentina ſit, fundum nec comminuit, nec diſſolvit, nec planã terræ faciem excavat, aut agrum in aliam formam redigit. d. l. 7. §. 6. l. 38. eod. §. 24. Inſt. eod.* *n §. 22. Inſt. d. l. 7. §. 3. ff. eod. Ratio hujus juris eſt tum quia quantum loci inſula occupat, tantum à finitimo loco flumen decerpſiſſe videtur, tum quia in hunc locum & vicinos agros fluminis curſus depellitur. eleg. Tuning. ad. dd. §§.*

citra

citra eam. prior traditionis species est, posterior accessionis, de qua nunc quærimus. Si igitur sine voluntate dominorum † casu confusæ sint duorum materiæ vel ejusdem generis vel diversæ, nec deduci aut separari possint, totum corpus, quod ex ea confusione fit, natura *o* cogente commune efficitur pro *p* rata parte, quæ cujusque anteà fuit. Idem juris est, si unus ex dominis miscuit: Utique si corpus inde confectum non in aliam speciem transierit; alioqui totum *q* facienti jure occupationis conceditur.

Quod si separari materiæ possint, nec * communio ulla intelligitur, nec species inde facta facienti cedit. Illud ignorandum non est, commixtionem ad hanc formam acquisitionis non pertinere: Cum enim corpora, quæ miscentur, discreta manent, nihil est in singulis; quod aliud ad se *r* trahat, ac proinde nulla causa, cur dominia confundantur.

Conjunctio est, cùm res ita junguntur, ut cohęreant, discretâ tamen manente earum substantiâ. Jungendi ratio duplex: aut enim rebus nostris aliena juncta ita cohærent, ut iis, quasi basibus innitantur: aut ita, ut sint tanquam additamenta & ornamenta rei nostræ. Prioris generis species *s* quatuor; ædificium solo nostro inædificatum; arbores; plantæ & sata in agro nostro; literæ chartæ inscriptæ; pictura tabulæ imposita. Quæcunque igitur in solo nostro ædificantur, seruntur, plantantur ita, ut infixa adhærescant, solo cedunt. Et generaliter *t* naturali ratione inspectâ necesse est unumquodq; ei rei cedere, quod sine illa esse non potest: quanquam *d* pictura non eodem jure, quo cætera, habeatur. Ut autem defendatur acquisitionis hu-

† d.l.7.§.9. 27 Inst.eod.l.5.§.1.de rei vind.l.l.lacus.§.1.ff.h.tit.

o Nam confusis materiis, unaquæq; alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habet, ut pars vel minima unius partem alterius sibi habeat adjunctam. Vis igitur natura superior hoc efficit, cui parendum.

p Si unius pars pretiosior, etiam pretii habetur ratio l.3.§.ult.l.4.l.5.§.1.in fin.de rei vind.

q De quo supra cap.19.l.5.§.1.de rei vind.d.l.7.§.7.ff.h.tit.

** Cessante nimirum superiore necessitate.l.12.§.1.eod.d.l.5.§.1.de rei vind. ex quib. locis temperandū, quod generaliter scriptum est, in d.l.7.§.sed etsi.ff.& in §.si duorum. Inst.eod. in fin.*

r Non magis, quam si pecora aliena meis pecoribus mista fuerint. §.28. Inst.eod. d.l.5.in pr.de rei vind.tantùm laborabitur in exitu judicii: in quo ad arbitrium judicis recurrendum d.§.28.& d.l.5.

s Posita in d.l.7.§.10.& seqq.l.9.in pr.& §.1.& seqq.ff.& §.cum in suo.& 3.seqq.Inst.eod.

t l.in rem.23.§.3.de rei vind. Naturale est, ut accessio sequatur rem principalem, sine qua illa consistere non potest.l.78. de R.I.

u In pictura propter precium ejus à naturali illa ratione recessum.d.l.9.§.2.§.34.Inst.eod.

jus

jus æquitas, etiam iis prospiciendum fuit, qui rē suam inviti hoc jure amiserunt. Proinde generaliter omnibus, si bonâ fide rem possideant *x*, retentio data est, per quam sumtus & impensas consequantur, oppositâ, si res vindicabitur, doli mali exceptione. Tignum *y* alienum ædibus junctum est, id vindicare stante ædificio dominus non potest: at est actio in duplum ex lege 12. Tabularum, de tigno juncto. Porrò diruto ædificio materiam ipsam vindicare, nisi jam duplionem acceperit, non prohibetur. Adversus eum, qui arborem alienam in suum transtulit; prodita est in factum *z* actio. Denique domino tabulæ, cui pictura imposita est, etiam *a* utilis vindicatio concessa.

Quæ ita cohærent, ut aliud alii sive majori sive pretiosiori cedat, varia sunt; ut si pes jungatur *b* fulcro, sigillum candelabro, gemma annulo. Hic domino alterius partis, quæ cessit, si res disjungi possit, actio *c* ad exhibendum datur: sin ferruminata sit, actio in *d* factū cōpetit. Illud verò generaliter de omnibus præceptū esto, ubi furtum factum esse dicetur, ibi & actioni furti, & condictioni furtivæ, & vindicationi esse locum *e*.

Modis rerū jure gentium acquirendarū cognitis, restabat locus tertius, suprà à nobis positus, de persona acquirentis, deque iis, per quos acquirere quis sibi potest: sed de eo in commune præcipietur commodiùs, ubi quæ sit acquirendi ratio jure civili, cognoverimus.

x d.l.7.§.ult. & pen.§.30. 32. & 33. Inst.eod.l.33. de cond.indeb. l.48. de rei vind.l.14. de dol.mal.exc. *y* d.l.7.§.10. ff. §. cum in suo. Inst. eod. d.l.23.§ pen. & ult. de rei vind. l.1. de tig. junct. *z* Ex definitione d. l.23. §.5. vers. ideoque de rei vind. ex sententia nempe l. Aquiliæ. ut ante dictum est. §. ult. Inst. de leg. Aquil. *a* d.l.9.§.2. vers. utique d.§.34. Inst. eod. *b* l.26.§.1.ff. eod. d.l.23.§.2. de rei vind. l.19.§. pervenamus. de aur. arg. leg. §. si tamen. Inst. h. tit. ubi hæc regula tenenda, Semper, cum quæritur, quid cui cedat, illud inspici, quid cujus rei ornandæ causâ adhibetur. d.l.19. *c* l.6. ff. ad exhib. d.l.23.§.5. de rei vind. *d* d.l.23.§.5. l.14. de præscr. verb. in fin. *e* d.§.34. & §.26. Inst. eod. l.1. in fin. & l.2. de tign. junct.

CAP. XXIV.

Quæ sit ratio rerum jure civili acquirendarum: ac primùm de rebus corporalibus & incorporalibus.

In hoc jure tria hæc ordine, ut supra, excutientur; res, an possit acquiri; forma acquirendi; acquirentis persona. Rerum, quæ hanc acquisitionem recipiunt,

piunt, duo genera; corporales; & incorporales. Corporales *f* sunt, quæ tangi & cerni possunt, ut *g* fundus, homo, vestis. Incorporales, quæ nec cernuntur nec tanguntur, sed in *h* jure consistunt, & mente comprehenduntur. Incorporalia aut per se consistunt, aut rebus, aut personis cohærent. Per se consistit sola hereditas. Personæ cohærent obligatio & in personam actio. Rebus dominium, jus emphyteuticarium, superficiarium, servitutes, pignora. Ex his sola *i* hereditas loco huic & acquisitioni convenit. Etenim obligationis substantia non in eo consistit, ut aliquid nostrum faciat: sed ut alium nobis *k* obstringat ad dandum vel faciendum: ac proinde ad eum locum pertinet, in quo quæritur de eo, quod nobis debetur, quem secundo volumini assignavimus. Dominium non hujus tantum acquisitionis, sed etiam *l* naturalis illius effectum est. Cætera dominici juris sunt imminutiones, de quibus rectè præcipi, nisi jure illo ante cognito, non potest. Sed nec omnes res corporales hoc jure acquisitionem admittunt; non illæ, quæ commercio exemptæ sunt, quarumvè alienatio interdicta: præterquam quod liberi hominis gemina alienatio hîc recepta; si *m* major 20 annis ad pretium participandum se venundari passus sit; item si *n* filius à patre in extrema egestate fuerit venditus. Ex corporalibus igitur duo huic loco reliqua; ea, quæ nullius sunt, & privata aliena: ac pro horum mutatione etiam forma mutatur acquirendi.

Ex rebus nullius una species occurrit, quæ ad hanc acquisitionem referenda sit, thesaurus, quatenus alii, quam inventori cedit. de quo *o* suprà satis dictum. Res alienæ acquiruntur aut singulæ, aut per universi-

f Corporalia appellamus, quæ sub aspectũ sensumq; cadunt l. 1. ff. de rer. div. Inst. eod. tit.

g In specie non in genere. siquidem universalia à sensibus remota sunt, teste Aristot. 1. anal. prior. cap. 31.

h dd. loc. quasi non per se, sed juris constitutione consistant. jus a. intellectus est, seu recta ratio. Platonici ideas appellarent. Cicero in Top. notiones vocat. quanquã non ignoro latiùs ista à Philosophis accipi, quam à jurecõnsultis. Porrò incorporalia omnia nostris impositicia sunt: præterquam quod servitus, quæ ab inferiori loco debetur superiori, à natura est. l. 2. §. pen. & ult. ff. de aq. & aq. pluv. arc. idemq; de ripis dici potest, quarum usus naturâ fluminibus debetur.

i Hereditas absq; ullo corpore juris intellectum habet l. 50. de hered. pet. ideoq; non satis intelligenter a Cic. definita est in Top.

k l. 3. in princ. ff. de obl. & act.

l Neque n. assentior Don. qui omnia hæc juri civili adscribit. Bonus hic dormitat Homerus.

m §. pen. Inst. de jur pers. ex SC. Claudiano. tit. quib. ad lib. procl. non lic.

n Ex constitutione Constantini. l. ult. C. de pat. qui fil. distr.

o Cap. 19 de reb. nullius.

tatem

tatem. Singulæ aut dominis invitis, aut volentibus. Invitis quidem multis de p causis res fisco acquiruntur: sed agimus nunc de jure inter privatos. Hîc quintuplex fere acquisitio: aut ex delicto domini; aut ex liberalitate principis; aut ex pecunia nostra, quâ quid emptum est; aut ex auctoritate transferentis; aut denique ex longa possessione justa, & usu acquirentis. Ex q delicto à domino abit & in possessorem transit dominium ejus rei, quam vel invasit dominus, vel vi possessori eripuit. Quod à principe duobus donatum est, si unus sine herede decesserit, pars decedentis ipso jure ad r socium pervenit. In pecunia s tributum militi; mulieri, quatenus pecunia dotalis est, aut donata viro, si non sit solvendo t; pupillo, si tutores ex ejus pecunia quid suo nomine comparaverint; & consequenter u reip. civitati, ecclesiæ, ut rem pecunia suâ emptam utilibus in rem actionibus persequi possint, atque hactenus pro dominis † habeantur.

Auctoritas in hisce quatuor, quatenus id utilitas publica exigit; principe; magistratu; judice; fisco. Principis auctoritate creditori addicitur pignus si emptorem non inveniat, sed alias x statim, aliàs post tempus. Eadem alienatio magistratui concessa: primò in rebus, quæ y alienationem flagitant, si heres deliberet de adeunda hereditate, aut de eâ lis sit inter actorem & possessorem; secundò in pignoribus ex causa judicati, aut ob indefensum absentem captis: quæ & distrahere z magistratui licet, & si per calliditatem debitoris non væneunt, creditorem pro debiti quantitate dominum constituere. Tertiò, damni infecti nomine missus in possessionem secundo prætoris decreto * dominus

p Quarũ pleraque enumerantur in l. 1. de jur. fisc.
q §. pen. Inst. vi bon. rapt. l. si quis in tantam. C. und. vi. sed hoc apud nos non servatur.
r Non ad fiscũ jure successionis. l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. her. dec. lib. 10.
s Vid. l. 8. C. de rei vind. l. 54. ff. de jur. dot. l. 55. de donat. int. vir. & ux. l. 2. quan. ex fact. tut. l. 3. C. arb. tut.
t Itẽ minori, arg. in scriptionis, quand. ex fact. tut. vel cur. l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut.
u Arg. l. pen. C. quib. ex caus. maj. l. ult. C. de sacr. eccl.
† Pleraq; hæc displicent Ant. Fab. 5. conj. 9. de re pecuniâ dotali comparata dicentis item Duar. secutus Accurs. in l. 22. §. ult. sol. matr.

x Si per calliditatem condemnati emptor non inveniatur. l. ult. C. si in caus. jud. pign. aliâs juxta formam l. ult. C. de jur. dom. impet. sed hæc addictio in desuetudinem abiit: utiq; apud nos. y Quæ tractu temporis pereunt, aut deteriores fiunt, aut nimis sumtuosæ sunt, aut si æs alienum grave dissolvendum, quod sub pœna debetur. l. 5. §. 1. & l. 7. ff. de jur. delib. z Tot. tit. C. si in ca. jud. pign. c. l. 15. §. 2. & 3. de re judic. Apud nos receptum, ut & creditor licitari & emere ab executore possit, estq; hæc optima via earum, quas tradit Gloss. in d. l. 15. add. l. 26. de pign. act. l. 9. C. de bon. auct. jud. poss.
* l. 15. §. Iulianus. & seq. ff. de damn. infect. vid. c. 68. lib. 2. inf.

ruino-

ruinosarum ædium efficitur. Quartò, dominium servi ex noxali causa conventi, nec defensi actori eadem *a* auctoritate acquiritur. Tantundem judicibus permissum in *b* adjudicationibus, nempe in tribus illis judiciis divisoriis, familiæ ercifcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Postremò fiscus singulari jure hoc consequitur, ut emptores suos statim *c* securos reddat.

a Nec facilè dominus adversus hanc auctoritatem restituitur l. 2. §. ult. ff. ex nox. ca.

b §. 4. 5. 6. & ult. Inst. de off. jud. hæc a. adjudicandi potestas à leg. 12. tab. proficiscitur. l. 1. fam. ercisc.

c Quadriennio adversus fiscum jus aliquod sibi asserenti indulto. §. ult. Inst. de usuc. l. 2. & 3. C. de quad. præscr.

CAP. XXV.

De usucapionibus.

Restat usus & longa possessio. Hîc olim usucapio in rebus mobilibus & prædiis Italicis, item longi temporis præscriptio in rebus immobilibus in provincia sitis frequentabatur. Sublatis deinde rerum, temporis *d*, effectorum differentiis, sola remansit usucapio in rebus omnibus, quam tamen nihilominus longi temporis præscriptionem appellare etiam nunc licebit: utique in re soli. Usucapio *e* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Summa *f* juris de usucapione constituti hæc est; Si quis rem à non domino accepit ex justa causa & bonâ fide, eamque mobilem per triennium *g* immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit, is ejus rei dominus jure civili efficitur. Causas hujus acquisitionis prius examinabimus, deinde progrediemur ad effecta, & quid usucapio tribuat, videbimus.

In causis tria hæc consideranda; persona tradentis; persona accipientis; res, quæ traditur. Principio in persona tradentis hoc unum exigimus, ut ne sit *b* dominus ejus rei, quam tradit. In persona accipientis

d l. un. C. de usuc. transf. Inst. de usuc. in pr. vid. præter. Don. nost. Ravard. ad l. Scribon. Con. 3. Com. 11.

e Definitio Modest. l. 3. ff. eod. Possessionem a. justam intellige, quæ sine titulo & bona fide nulla est.

f Comprehensa dilucidè in d. pr. Inst. eod. l. un. C. de usuc. transf.

g Ex subjectis ergo sive materia distingui potest usucapio, ut alia sit rerum mobilium, alia immobilium.

h Alioqui statim res acquireretur per traditionem. §. 40. Inst. de rer. div. semel a. res quæsita usucapi non potest. l. 4. §. läna. eod. §. sic itaque Inst. de act.

tis

tis quatuor hæc necessaria: primum, ut possideat; secundum, ut justè; tertium; ut continenter; quartum, ut per tempus lege definitum.

Principiò exigimus, ut quis *i* possideat. Duo hîc quærenda: unum, quid sit possessio: alterum, quando eam quis rectè constitutam obtineat. Possidere † in hoc argumento intelligitur, qui rem corporalem, quæ in commercio sit, aliis omnibus possessoribus vacuam animo dominantis tenet. Definitio hæc complectitur & personam & rem. In persona duo concurrere debent; detentio *k* naturalis; item animus is, ut tanquam rei *l* dominus possidere velit. In re tria desiderantur. Primum, ut sit res corporalis: incorporalia enim *m* naturâ detentionem non recipiunt. Secundum, ut sit in *n* commercio. Tertium, ut *o* vacua sit ab aliis possessoribus, etiam iis, qui *p* absentes animo possessionem retinent. Possessio duplex *q*; justa; & injusta; sive civilis; & *r* naturalis. quanquam naturalis possessio nonnunquam abusivè pro *s* nuda detentione accipitur: quæ nominis ambiguitas discretu facilis, si personæ possessorum observentur.

i Sine possessione usucapio contingere non potest. l. 25. ff. eod.

† De Etymologia & definitione possessionis fusè & eleganter disputat Duar. ad l. 1. de acq. poss.

k Possessio detentio est. d. l. 1. Ita tamen, ut quæsita semel corpore animo retineatur. l. 44. in fin. & seq. D. d. tit. Duar. d. loc.

l Ut remotione eorum probari potest, qui rem quidem tenent, sed non ut suam: ut fructuarius. colonus, creditor, l. 31. de usuc. §. 4. Inst. per quas pers. l. pen. §. 2. qui satisd. duo sunt, qui quamvis non affectu domini rem tenent, verè tamen possident, sequester, apud quem possessio deposita est. l. 17. de pos. item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat. l. 17. in fin. de acq. poss. Sed nec hi quoad effecta usucapionis pro possessoribus habentur. m *Ideoq; nec usucapionem. l. 14. ff. de servit. l. ult. d. tit. Est tamen earũ rerum quadam quasi possessio & usucapio, de qua infr. c. antep.* n *§. 1. Inst. eod. l. 30. §. 1. de acq. poss. quippe conditio harum rerum nec dominium nec usum privatum admittit.* o *Siquidem placuit duos in solidum eandem rem possidere non posse. l. 3. §. ex contrario. de acq. poss. l. 5. §. ult. commod.* p *l. clam. 6. §. 1. de acq. poss. l. licet. C. eod. eandem nimirum ob causam.* q *d. l. 3. §. ex contrario. vel conjuncta cum bona aut mala fide. d. l. 3. §. pen. modò ne illa titulo careat, quæ mens est Paul. in d. §. pen. Nam bonâ fide quem possidere posse etiam absque titulo constat. l. 45. de usur. injustè tamen. l. 26. de don. int. vir. l. 16. hoc tit. de acq. poss.* r *l. 1. §. dejicitur. und. vi. injusta possessio naturalis dicitur, quia naturali tantùm detentione defenditur, non jure civili.* s *l. 2. §. 1. pro hered. l. 7. 11. ff. comm. divid.*

CAP. XXVI.

De acquirenda & amittenda possessione.

DE obtinenda possessione gemina quæstio: una est, quomodo acquiratur: altera, quibus modis

quæsita amittatur. Omnis possessio sive justa sive injusta acquiritur *t* animo & corpore, neque per se animo neque per se corpore tantum. In animo est, ut velimus possidere. Animum hunc *u* tria impediunt: ipsa natura, ubi velle non possumus, ut furiosus, dormiens: rei incertitudo: item cum, etsi possumus, tamen nolumus, ut colonus. Corpore adipiscimur possessionem tribus modis: aut enim ipse corporis actus intervenit, quod in rebus, quæ ab aliis non traduntur *x*, necessarium: aut id, quod vice naturalis apprehensionis fungitur: aut cum *y* instrumenta de re conscripta traduntur. Vice naturalis apprehensionis est, cùm res custodiæ & potestati nostræ subjicitur. quod contingit quatuor *z* modis; possessione in re præsenti oculis & affectu acceptâ; clavibus apud locũ, in quo res inclusæ sunt, traditis; rebus, quæ facilè moveri non possunt, custode apposito; item re domi nostræ nobis jubentibus depositâ. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: at corpore etiam *a* alieno, in quo utimur aut ejus ministerio, qui nobis possessionẽ tradit; aut alterius: ejus, si constituit nostro *b* nomine possidere aut verbis apertis, aut re & facto, puta conducendo rem tradendam, aut usumfructum ejus retinendo: Alterius *c* quisquis rem accipiens nostro nomine velit possidere; ubi & *d* animum & corpus simul exigimus, verùm hoc non nisi volentibus nobis.

Amittitur possessio invitis dominis, aut volentibus.

t l. 3. §. 1. l. 8. ff. hoc tit. vid. Duar. ad hunc tit. cap. 2. & ad l. 3. §. 1.

u l. 1. §. 3. d. l. 3. §. 2. l. 41. ff. eod. per liberam personam ignoranti quidem acquiri possessio potest, l. 1. C. eod. attamen non nisi volenti. l. 23. de acq. rer. dom. earum rerũ, quas servi aut filiif. peculiariter tenent, possessio etiam ignorantibus acquiritur: sed voluntate nostrâ, qui eis peculium habere permisimus, d. l. 3. §. 5.

x d. l. 1. §. 1. l. 3. §. Neratius l. 23 eod. atque hæc ratio apiscendæ possessionis maximè naturalis est. d. l. 1. Cæterùm in iis, quæ ab aliis traduntur, non necessaria, nisi si quis eâ uti velit; ac ne tum quidem necesse est, si quis fundum possidere velit, omnes glebas circumambulare: sed sufficit quamlibet partem introire. d. l. 3. §. 1. *y Quod civili ratione magis quam naturali receptum, l. 1. C. de don.* *z Quos videre est in l. 1. §. pen. l. 18. §. 2. l. 51. ff. eod. l. 9. §. 6. de acq. rer. dom. l. 74. de cont. emp.* *a d l. 3. §. 12. l. 9. eod. l. 53. de acq. rer. dom. In iis n. quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest nostro corpore an alieno utamur, d. l. 18. in pr. ut a. velimus in aliis esse non potest.* *b d. l. 18. l. 77. de rei vind. l. 28. C. de don.* *c Sive is procurator noster est, sive amicus, sive quilibet extraneus, d. l. 53. de acq. rer. dom. d. l. 9. h. tit. §. ex his. Inst. per quas pers. l. 1. C eod.* *d Quapropter & ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum, d. l. 1. §. 9. & 10. eod. & ut velit nostro nomine possidere, d l. 1. §. 19. & seq. l. 37. §. ult. de acq. rer. dom.*

Invitis, si tres illæ causæ in *e* contrarium verterint, ex quibus possessio ab initio constabat. Hæ sunt conditio rei, personæ, & potestas naturalis. Ex conditione *f* rei possidere quis desinit, si res hominum commercio sit exempta, aut in aliam speciem translata. Ex conditione personæ, si possessor ab alia *g* possideri cœperit. Ex potestate naturali, si amplius, cum velit, apprehendere rem *h* corporaliter non valeat. Cæterùm aliter hîc amittitur possessio in rebus immobilibus, aliter in mobilibus. Rerum immobilium possessionem amittimus, aut *i* inundatione maris & fluminis, aut vi prædonum, aut jussu magistratus. Rebus inundatione occupatis etiam ignorantibus nobis possessio amittitur statim. Vi prædonum, si ii rem invaserunt nobis scientibus *k*. Jussu magistratus, si qui decreto *l* magistratus possidere jussi sunt: neque hîc possessoris scientiâ opus. Rerum mobilium possessionem tunc à nobis abiisse intelligimus, cum eas, si velimus, recuperare non possumus. Contingit hæc amissio aut rapina, aut *m* furto, aut subductione rei *n* fortuitâ, veluti si quid in flumen deciderit, ut mergeretur, aut si fera se in naturalem *o* libertatem receperit. Servi, qui in fuga est dissimilis est *p* ratio, nisi aut ab alio possessus sit, aut pro libero se gerat.

Volentibus nobis amittitur possessio uno tantùm modo, si hoc animo simus, ut *q* nolimus possidere. Id aut verbis apertè declaratur, aut rebus ipsis & factis arguitur. Factorum duo genera; alienatio *r* omnis rei

e l. 8. eod. l. ferè. 153. de R. l.
f l. qui universas 30. §. 1. & 4. eod.
g d. l. 3. §. 3. adeò ut ab hostibus captus, ne reversus quidem possessionem recipiat. l. 23. §. 1. eod. l. denique quib. ex ca. Maj.
h Regula de mobilibus tradita in l. 3. §. Nerva. eod. sed quæ ad immobilia non minùs pertinet. arg. l. 1. eod.
i d. l. 3. §. Labeo. 17. d. l. 30. §. 3 eod. aliter atq; cũ quid occupatum est ab hominibus l. 6. §. 1. eod.
k Quamdiu e. id ignoramus, aut scimus quidem, sed redire constituimus, occupatio possessioni, quam animo retinemus non nocet. d. l. 6. in fin. l. 25. §. ult. l. 46. ff. eod. nisi metu aliquo territi accedere nolimus d. l. 1. §. si quis 8. eod. add. l. 5. de usuc. & tot. tit. ff. und. vi.
l d. l. 3. §. ult. eod. quibus a. ex causis dominium transferre magistratus potest, ex iisdem multo magis possessionem arg. l. 21. de reg. jur.
m l. 15. l. 47. eod. etiamsi ignorantibus nobis furto fuerint ablata. d. 37.
n d. l. 3. §. Nerva. l. 13. in pr. l. 25. eod.
o Quo casu & dominium amittitur, si res ad nos pertineat. l. 5. de acq. rer. dom.
p Reddita ab Ulpian. in pr. d. l. 13. & explicatiùs à Gajo in l. 15. eod. add. l. 1. §. 14. l. 3. §. 10. eod.
q d. l. 3. §. 6. l. 17. §. 1. eod. etiamsi corpore in fundo maneamus. d. l. 3. d. §. 5. 6. l. 44. in fin. eod. ut sic corpore simul possessio amittatur: neq; enim dici potest corpus possidere remoto animo, in quo solo tenendi affectio. igitur in amittenda possessione utrumq; semper in contrarium agitur. vid. & Duar. ad d. l. 3. §. 6.
r l. 1. §. 4. eod. etsi furioso. l. 18. §. 1. aut eâ mente tradita sit, ut restituatur. l. 17. §. 1. eod.

possessæ;

posseſſę; itemque retentio ad ſolam rei *s* detentionem comparata, ut puta is, qui rem poſſidebat, precariò eam rogavit, aut *t* conduxit, aut is, qui ſuo nomine poſſidebat, conſtituit alieno nomine poſſidere. Quandiu autem animus amittendæ poſſeſſionis aberit, poſſeſſio rebus integris retinetur, licet corpore quis è fundo *u* exierit. Porrò quæ ratio eſt amittendæ poſſeſsionis, cum per noſmet ipſos poſsidemus, eadem transferenda eſt & ad eos, qui noſtro nomine ſunt in poſſeſsione, ut ſi hi aut *x* dejecti fuerint, aut ſponte poſſeſsionem aliis *y* tradiderint, aut iis mortuis, alius eam occuparit, nos poſsidere deſinamus.

s d.l.18.in pr. l.6.pro empt. l.19.hoc tit. *t Niſi ſe poſſidere ignoret, aut dominus ſit rei poſſeſſæ.l.28.eod.* *u d.l.3.§.7.& ſeqq.l.6.in fin.eod. licet neque ſervum neque colonum in fundo reliquerimus. l. 44. in fin. eod. Quod utilitatis causâ receptū eſt, ne teſtudinis more perpetuò domi nos continere, aut poſſeſsionem amittere cogamur. Duar.1. Diſp.18.* *x l.1. §.22.und.vi.l.33. §.4. de uſuc.l.40. §.1. h.tit.* *y Quid ſi ſponte deceſſerint, aut alii prodiderint poſſeſsionem? certum eſt ex conſt.Inſt.poſſeſſionem retineri.l.ult.C.eod.de cujus ſententia videri poteſt Ant.Fab.4.err.2.& ſeqq.*

CAP. XXVII.

Juſtam poſſeſſionem eſſe oportere.

SEcundum quod in acquirentis perſona deſideravimus, eſt, ut juſtè poſsideat. Ad poſſeſsionem juſtam tria hæc neceſſaria; cauſa juſta, ex qua poſſeſsio traditur; bona fides accipientis; voluntas ejus, qui poſſeſsionem ad alium transfert. Cauſam juſtā appellamus titulum, qui *a* idoneus eſt ad dominium transferendum. Cauſa hæc aut à privatis eſt; aut à judice; aut à magiſtratu; aut à nullo, ſed ab ipſa rerum conditione. A privatis, ſi quid ab his *b* dominii transferendi causâ traditur, ſolvitur, datur, derelinquitur. A judice, in *c* adjudicationibus, quæ fiunt in judiciis diviſoriis. A magiſtratu, quibus in cauſis dominium aut *d* poſſeſsionem transferre poteſt. A nullo, quæ ſolâ oc-

a Ut emtio, donatio & ſimiles Inſt.de uſuc. in pr. l. 5.& 6. C.de acq.poſſ.nullo juſto titulo poſsidentes ratio juris quæ rece dominium prohibet.l.24.C. de rei vind.l.4. C. de long. temp. præſcr. *b Cujus generis pleraque commemorantur in l. 3. §.antep. de aq. poſſ. & propriis titulis comprehenſæ tum in ff. tum in C.* *c Si de alienis fundis tanquam communibus actum fuerit l.17. de uſuc. alioqui ſtatim res ejus fit, cui adjudicata eſt.§.ult.Inſt. de off. jud.* *d d.l.3. in fin.de acq. poſſ. ſiquidem juſtè poſsidet, qui auctore prætore poſsidet.l.11.d.tit.*

cupatione, si nullius essent, statim nostræ fierent. Hinc titulus possessionis specialis *e*, pro suo.

Enimverò veram esse causam oportet: cum falsa nostra existimatio rei *f* veritatem non mutet: nisi quod alieni facti ignorantia sit *g* tolerabilis.

Bonâ fide possidere intelligitur, qui ejus rei, quam ex justa causa accepit, se dominum *h* effectum putat. Positum hoc duabus in rebus; ut putet eum, qui tradit, jus transferendi habere; item sibi jure usucapere *i* licere. Sufficit autem *k* ab initio bonâ fide possessionem nancisci. Tertium necessarium ad justam possessionem, ut rem *l* voluntate ejus, à quo possidendi causa est, accipiat. Quod contingit, si aut ipse auctor rem tradat, aut is, cui hoc ab auctore mandatum.

e l. 2. pro suo. Generaliter aliquisq; ex justa causa possides, pro suo possidere dicitur l. 1. eod. tit. ex speciali titulo certa usucapio. ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, emptio, donatio, &c. præcesserit. l. 27. de usuc.

f §. error. Inst. eod. tit. l. ult. C. de usuc. pro don. plenè Celsus in d. l. 27. *g l. ult. pro suo. nonnunquam etiam in facto nostro justus error. vid. l. 2. §. 15. & 16. l. 11. ff. pro emp.* *h l. 27. de cont. emp. l. 109. de V. S. vid. c. 22. sup. unde item intelligitur ignoranti non procedere usucapionem, licet possessio ei quæratur. l. 49. §. ult. ff. l. 1. C. de acq. poss. plane servi & filiif. ex causa peculiari acquirunt possessionem & usucapiunt etiam ignorantibus nobis l. 1. §. item acquirimus d. tit.* *i l. 32. §. 1. de usuc. mala n. fide possidet, quicunq; putat sibi requirere non licere d. loc.* *k Iure civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens l. un. C. de usuc. §. diutina. Inst. eod. etsi fructus non acquirantur. l. 48. §. 1. de acq. rer. dom. Iure Canon. continua bona fides requiritur. C. fin. de præscr. quo jure utimur.* *l Cùm sine ea ne à vero quidem domino res transferatur. vid. l. 5. 33. 34. penult. §. ult. de acq. poss. l. 2. C. eod.*

CAP. XXVIII.

Possessionem continuam legitimi temporis requiri.

TErtium, quod in facto possessoris requiritur, est possessionis continuatio. Interrupta *m* possessio, quantumvis justa ab initio, ad usucapionem nihil prodest. Interruptio duplex; naturalis, & civilis. Naturaliter interrumpitur & usurpatur possessio, cum eam verè amittimus, sive *n* inviti sive volentes: præterquã si in persona successoris retineatur. de quo mox. Civiliter interrumpitur possessio litis *o* contestatione:

m l. 2. C. de præscr. long. temporis idq; ex definitione usucapionis satis intelligitur. l. 3. de usuc.

n Veluti cum vi de possessione dejicimur, aut res nobis eripitur. l. 5. 15. 2. l. 33. §. de acq. poss. *o l. 10. C. eod. ac tametsi forcasse nullibi legatur civiliter interrumpi usucapionem: tamen cum naturaliter eam interrumpi quibusdam casibus legamus, vel ex eo intelligitur esse & civilem quandam interruptionem.*

cum tamen nihilominùs naturaliter & verè corpore atque animo posſideamus. Itaque impleta inter moras judicii uſucapio *p* effectu juris nemini prodeſt. Verùm hoc ita, niſi quis aut judicio ſit *q* abſolutus, aut victus *r* quidem, ſed litis æſtimationem ſufferre maluerit: cum res inter alios acta aliis non præjudicet.

Quartum eſt, ut poſſideat per tempus lege definitum. Quodnam illud ſit, oſtendit ſuperior definitio, triennium videlicet in rebus mobilibus, in † immobilibus decem anni inter præſentes, inter abſentes viginti. Præſentes hîc accipimus, qui ſunt in eadem * provincia, abſentes contrâ. In computatione temporis, hoc obſervandum, ne à *s* momento in momentum computetur, ſed dies poſtremus cœptus, pro impleto habeatur.

Illud jure *t* receptum eſt, ut ad poſſeſſionem tot annorum implendam alienæ poſſeſſionis acceſſione ſucceſſor utatur. Succeſſor aut eſt rerum ſingularum, ut emptor, donatarius; aut juris univerſi, ut heres, bonorum poſſeſſor. Succeſſori in rem auctoris ſui, qui bonâ fide poſſedit, & à quo rei acquiſitę cauſam habet, poſſeſſionis acceſſio prodeſt, ſi & ipſe bonæ fidei *u* poſſeſſor ſit. Vitioſa autem auctoris poſſeſſio ei neque *x* nocet neque prodeſt. Univerſi juris ſucceſſor vel invitus in *y* vitium defundi ſuccedit: cujus tamen bona poſſeſſio vitioſæ poſſeſſioni * heredis ad uſuca-

p l.2. l. antep. C. de præſ. long temp. & poſſeſſor victus reſtituere rem cogitur, perinde quaſi non uſucepiſſet. l. 18. de rei vind.

q Quippe judicium reo abſolute nunquam nocet: igitur & hîc in ſuo loco manere debet poſſeſſio §. 4. Inſt. de interd.

r l. 2. §. ult. pro empt. l. 2. C. quib. res jud. non noc. tot. tit. C. res int. al. act. al. non noc.

† Pleriq; putant juri civili in hoc derogatum conſtitutione quâdã principis Iacobæ, ut nulla jam ſit apud nos immobiliũ præſcriptio infra 30. annos. ſed vix eſt ut hoc obtineat, ut accepi à diſertiſſimis quibuſq; cauſarum patronis. Apud Zelandos certum tempus conſtitutum 20 anni inter præſentes, inter abſentes 30. ** l. ult. C. de præſ. long. temp.* *s l. 6. de uſuc. Hoc eſt, ab hora ad horam. ut intelligere licet ex l. 3. §. de min.* *t Benignâ juris interpretatione, l. 14. de div. temp. præſ. nam & hoc poſſeſſio, quæ in facto & detinendo poſita eſt, ex jure mutuatur, ut pleraq; alia. l. 49. de acq. poſſ. add. §. pen. & antep. Inſt. de uſuc. d. l. 14. §. 1. de div. temp. præſcr.* *u Nam vitioſæ poſſeſſioni nulla ne juſta quidem poteſt accedere. l. 13. in fin. de acq. poſſ.* *x l. 5. de div. temp. præſ. non nocet ſi emptor bonum initium habeat. neq; continuatione uti velit. non prodeſt, ſi acceſſione auctoris uti poſtulet. d. l. 13. §. 1. & in fin. de acq. poſſ. l. 177. de R. I. Quod ſi vitium poſſeſſionis non in perſona auctoris, ſed in ipſa re ſit; indiſtinctè nocet. l. 24. in pr. & §. 1. de uſuc. ex quo item loco hæc vitioſæ poſſeſſionis diſtinctio petita.* *y l. 11. de div. temp. præſcr. In rem. hereditaria perſona & jus defuncti, in quod heres ſuccedit, non ipſius heredis ſpectatur. l. 6. de R. I.* ** d. §. antep. l. 43. eod. l. 2. §. pen. pro emp. propter eandem ſc. rationem. huc pertinet. l. 22. eod.*

pionem implendam accedit. Quinimò placuit cœptam uſucapionem à defuncto heredi ante aditam hereditatem z impleri.

z l.40.eod.l.6.§.ult.l.7.pro empt. ſed hoc ita, niſi medio tempore ab alio res poſſeſſa ſit.l.31.§.pen.eod.d.l.6.in fin.pro emp.

CAP. XXIX.

Quæ res uſucapi non poſſint: & de effectu uſucapionis, juriſque de ea conſtituti ratione.

ATque hęc quidem in perſona tum tradentis tum acquirentis neceſſaria: nunc quæ res uſucapionem non recipiant, videamus: quod unum ad conſtituendam uſucapionem ſupereſt. Rerum, quæ uſucapionem non admittunt, duo ſunt genera: quædã enim per ſe & naturâ ſuâ uſucapionis non ſunt capaces; quædã jure prohibentur longo uſu acquiri. In priore genere ſunt res omnes, quæ non ſunt in *a* commercio, ut liber homo, res ſacræ, religioſæ, & ſimiles; itẽ res *b* incorporales, ut ſervitutes, quæ tamen effectu juris diuturno uſu & longâ quaſi poſſeſsione perinde, ut res corporales, acquiruntur & quaſi uſucapiuntur. In ſecundo genere ſunt, quæ lege uſucapi prohibentur aut tacitè aut apertè. Tacitè earũ rerũ omnium interdicta eſſe uſucapio intelligitur, quarum prohibita eſt *c* alienatio, ut ſunt res *d* pupillorum *e*, minorum itẽ omnium 25 annis, fundus dotalis. Nominatim interdicta uſucapio aut ob favorẽ dominorum, aut propter odium poſſidentium. Ob favorem dominorum nominatim prohibitę uſucapi res *f* fiſci *g*; imperatoris; res adventitię *h*

a Harum n. rerum natura acquiſitioni qualicunque repugnat.l.6.in pr.de cont.emp. & conſequenter uſucapioni. §.1.Inſt.eod.& l.2.ff.eod.

b l.43.§.1.de acq.rer.dom.l.14.de ſervit.in quibus tamen longæ quaſi poſſeſsionis acquiſitioni locus.l.10.ſi ſerv.vind.l.ult.in fin.C.de long.temp.præſ.de quo ſuo loco inter ſervitutes.

c Cujus ſpecies quædam eſt uſucapio.l.28.de V.S.

d Rem pupilli uſucapi non poſſe disertè ſcriptum eſt in l.48.in fin.pr.de acq.rer.dom.fundi dotalis alienatio l.Iuliâ prohibita l.4.de fund.dot.in pr.Inſt.quib.al.lic. quam legem hoc ipſo ad uſucapionem pertinere non dubitat Tryphon.l.36.de.fund.dot.

e Earum quidem, quæ ſervando ſervari, poſſunt ſimiliter uſucapio interdicta eſſe intelligitur, quia ſine decreto alienari vetita l.22.C.de adm.tut. tametſi hoc diſſpl.Duar.ad tit.C.ſi adv.uſuc.& Cujac.24.obſ.14. ſed nec earum, quas alienare licet, ullam eſſe puto uſucapionem poſt conſt.Iuſt.l.ult.C.in quib.cauſ.

f l.18.24.§.1.ff.§.4.Inſt.eod. ſed bona vacantia fiſco nondum nunciata uſucapi poſſunt.d.§.4. quippe antè non videntur fiſco acquiſita.l.1.de jur.fiſc.

g Tit.C.ne rei dom.vel templ vind.temp.præſ.ſum.lib.7.tit.38.

h l.1.§.ult.C.de ann.exc.ex quo loco & beneficii hujus ratio petatur.

filiorumſa. quamdiu poteſtatis nexibus adſtricti, res omnes locis *i* venerabilibus aut miſerabilibus perſonis relictæ, res eccleſiaſticæ. In odium poſſeſſorum prohibita uſucapi *k* tria rerum genera; furtivæ, vi poſſeſſæ, præſidi contra legem Juliam datæ. Sed hoc ita, niſi hæ res in poteſtatem *l* domini redierint.

De cauſis uſucapionem perficientibus dictum: ſubnectamus effecta, & an nihil iniqui habeat, exquiramus. Effectus uſucapionis *m* duplex. Unus eſt, ut, qui uſucepit, pleno jure dominus efficiatur. Jus pignoris tamen & uſusfructus cum dominio nihil *n* commune habent. Effectus alter, ut prioribus dominis dominium auferatur. Introducendæ uſucapionis juſta cauſa, bonum publicum: ne ſcilicet quarundam rerum diu & ferè ſemper dominia in *o* incerto eſſent. Utilitas publica in eo, ut agri diligentiùs colantur: deinde ut occurratur *p* litibus, quas rerum cujuſque incertitudo parit. Quamobrem optimo jure æquitas hujus acquiſitionis *q* defenditur. præſertim cum *r* idonea tempora præſtituantur, quæ abundè dominis ſufficiant ad inpuirendas res ſuas, & interpellandam uſucapionem. Quod ſi neglexerint, voluntate ſuâ quodammodò rem † alienaſſe videntur.

i l. 2. C. ne rei dom. vel temp. l. ult. C. de ſacroſ. eccl.

k §. 2. Inſt. l. 33. in pr. & §. 2. ff. eod. l. pen. de l. Iul. rep. l. 48. in fin. de acq. rer. dom. quæ prohibitio non tam ad injuſtos illos poſſeſſores pertinet, quam ad alios, ad quos res, juſta licet ex cauſa bonâ fide pervenit, quo pertinet. l. 24. ff. eod.

l Tunc n. vitio rei purgato procedit uſucapio. §. 3. Inſt. d. l. 24. §. 1. eod. d. l. pen. de l. Iul. rep. qua de re latè diſputat Paul. in l. 4. §. 6. & ſeq. eod.

m *Vtrumq; ex definitione uſucapionis ſatis intelligitur. Eſt n. uſucapio acquiſitio dominii. l. 3. eod. duorum a. idem jus in ſolidum eſſe non poteſt. l. 5. §. ult. commod.* n *Ac proinde uſucapione non extinguuntur. l. 44. §. 5. eod. l. 7. C. de pign.* o *l. 1. ff. & Inſt. eod. in pr.* p *Vnde à Cic. pro Cæcin. finis ſollicitudinis & periculi litium vocatur. eadem ratio redditur in l. ult. pro ſuo.* q *Ad quam defenſionem tametſi fortaſſe ſingulæ hæ rationes per ſe non ſatis firmæ: plurimùm tamen valent coacervatæ.* r *Quæ ratio redditur in d. l. 1. & d. pr. Inſt. eod.* † *Vix n. eſt, ut non videatur alienare, qui patitur uſucapi. l. 28. de V. S.*

CAP. XXX.

De fiſci traditione: & longiſſimi temporis præſcriptione.

QUod ſi quid ex tribus illis cauſis, quas ſupra commemoravimus, defuerit, nec ſequetur uſucapiu-

capio. Hinc igitur aut perpetuò impeditur uſucapio, aut ad tempus. Perpetuò impediunt res *s* commercio hominum exemptæ; item ſi quis *t* alieno nomine poſſideat, ut colonus, inquilinus, & id genus alii. Cæterùm traditione fiſci, aut longiſſimi temporis præſcriptione, etſi malâ fide, continenter tamen quis poſſederit, domini à rebus ſuis excluduntur. Fiſci traditione is, qui accipit, ſtatim ſecucus fit *u*, quadriennio adverſus fiſcum jus aliquod in ea re ſibi adſerenti indulto. Præſcriptione triginta annorum omnes *x* actiones tam in rem, quam in perſonam excluduntur. At res *y* eccleſiaſticæ, item miſerabilibus perſonis relictæ, pignus *z*, ſi debitor hereſve ejus id poſſideat, actiones denique omnes judicio ſemel *a* incluſæ, non niſi 40 annorum ſpacio præſcribuntur. Præterea & res civitatis *b* centum annorum præſcriptione gaudent. Interruptio quoque curſus annorum in ſuperioribus poſt deinde 40 annorum præſcriptionem inducit. Interruptionis hujus cauſæ aut communes omnium actionum, aut actionis in perſonam propriæ. Communis in omnibus actionibus ætas, & conventio. Ætas tum impuberum, tùm puberum. Adverſus impuberes, ut nulla incipit, ita nec cœpta ulla *c* currit præſcriptio: adverſus puberes ea tantùm, quæ eſt 30 aut 40 annorũ. Conventio, ſi judicialis *d* eſt, omnem præſcriptionẽ temporis interrumpit. Propria in perſonalibus actionibus *e* duplex; ſi creditor pignus apud ſe ſine vi aliquamdiu detinuerit adverſus extraneum: item ſi debitor novam cautionem creditori expoſuerit. Cedit autem præ-

s Propter rerum conditionem, quæ nullâ unquã detentione mutatur, dixi ſup. c. præced.
t l. 2. & 7. §. ult. C. de præſcr. 30. vel 40 ann.
u §. ult. Inſt. de uſuc. l. ult. C. de quad præſcr.
x l. 3. & 4. C. de præſc. 30. annor. l. 1. C. de annal. exc.
y Antè gaudebant 100 ann. præſcriptione, l. ult. C. de ſacroſ. eccl, quod immutatum poſtea No. 111. & 136. c. 6.
z Hypothecaria cũ movetur adverſus debitorem ejuſvè heredem, 40 annis excluditur, l. 7. §. 1. C. de præſcr. 30. ann. cum adverſus extraneos bonâ fide poßidentes, 10. & 20. malâ fide, 30. l. 1. & 2. C. ſi adverſ. cred. præſ. l. 7. in pr. C. de præſc. 30. ann. quanquam & ubi bonâ fide poßidetur, 30 annos requiri, ſenatum hujus Provinciæ, judicaſſe referunt, vid. Pap, lib. 12. tit. 3. arr. 8 & ſeq.
a Et deinde ſilentio omiſſa: computaturq; hoc ſpacium ex tempore novißimi ſilentii. l. ult. C. d. tit. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.
b d. l. ult. C. de ſacroſ. eccl. in quo nihil innovatum.
c l, ult. C. in quib. ca. in int. reſt. l. 4. C. de præſ. 30. ann. quarum legum poſterior ad ætatem impuberem, prior ad puberem magis pertinet.
d d. l, 3. & 7. in pr. & §. 5. C. de præſ. 30. ann. add, l. pen. & ult. C, de ann. excep.
e Utraque eſt in d. l, 7. §. 5. C, de præſ. 30. ann.

ſcriptio

ſcriptio ex eo demum tempore, ex quo *f* agi poſſe cœpit. Præſcriptionis hujus non idem effectus, qui uſucapionis. Nam ſi quis poſteà poſſeſſione exciderit, adverſus dominum veterem nulla ei actio, niſi bona fide ab initio poſſederit: adverſus cæteros ita demum utilis in rem competit, ſi aut bonâ fide poſſederit, aut vi ab iis fuerit expulſus. Poſſidens præſcriptione temporis, id eſt, exceptione tempore quæſitæ, adverſus omnes munitus eſt †.

f Poſtquam actiones jam natæ. d. l. 7. §. ult. l. 1. §. ult. C. de ann. exc. quocirca rectè ſentiũt, qui negãt jus luendi pignoris ullâ præſcriptione tolli, quia actio pigneratitia non antè naſcitur, quam debitor creditori ſatisfecit. Gail. 2. obſ. 18. Bronchorſt. 4. aſſ. 4. Cuiac. ad l. 13. de uſuc. res tamen eſt controverſa. *g Agnoſcendi debiti cauſâ. d. l. 7. §. 5. quid ſi recognoſcendi? rurſus opinor interrumpit præſcriptionem.* *† Hic locus explicatur in l. pen. §. 1. uſque ad fin. C. d. tit.*

CAP. XXXI.

Quibus modis res ſingulæ acquirantur jure civili volentibus dominis.

INtelleximus, quibus modis citra dominorum voluntatem res ſingulæ ad nos tranſeant: nunc exponendi locus eſt, quibus modis voluntate dominorum res acquirantur jure civili. Acquiſitiones hujus generis duæ, quarum in una † additur aliquid jure naturali, in altera detrahitur. Additur in donationibus, quæ 500 ſolidos excedunt: ſiquidem hæ omnes præter traditionem, qua *h* ſolâ jure gentium dominia transferuntur, paucis exceptis *i*, inſinuationem deſiderant. Sed de toto hoc jure dicetur in ſecundo volumine explicatiùs. Detrahitur, cùm citra traditionem res acquiritur. Datum hoc aliàs perſonis quibuſdam, aliàs cauſæ acquirendi. De quo aliud in contractibus, aliud in ſupremo judicio obſervatur. De contractibus hoc generaliter præceptum eſto; nunquam in contractibus ne jure quidem civili citra *k* traditionem dominia rerum transferri. Excepta hîc favore perſonarum corpora tria; civitas, eccleſia, loca religioſa & pia. iis datum, ut ſi quid emerint, vel aliter quid

† Cum addimus aliquid, aut detrahimus juri cõmuni, jus civile efficimus. l. 6. de Iuſt. & jur. *h §. 40. Inſt. de rer. div. l. traditionibus C. de pactis.* *i §. 2. Inſt. de donat. l. 34. & l. pen in fin. C. eod.* *k Nudis pactis. d. l. traditionib. nudis a. intellige à traditione aut uſucapione, quæ traditioni ibid. adjungitur. acquiſitione ſine controverſia juris civilis.*

quid contraxerint, ſtatim ſine rei traditione in † rem actionem habeant. Favore cauſæ ſupremæ l voluntati in univerſum tributum in legatis & fideicommiſſis, quæ jam exæquata, ut rei teſtatoris ex cauſa legati aut fideicommiſſi purè relictæ & à legatorio agnitæ, dominium ſine ulla traditione m rectâ viâ à defuncto ad legatarium tranſeat, quaſi nec priùs factum heredis. De quo genere acquiſitionis poſteà uberiùs, nec enim patitur argumenti conjunctio hanc tractationem à re teſtamentaria ſeparari.

† Id cautum l. 23. §. 1. C. de SS. ecc. cõſtat a. ſoli domino in rem actionẽ dari l. 23. de rei vind.

l Cujus quãtus ſit favor, intelligi poteſt ex l. 1. C. de SS. eccl. l. 5. ff. teſt. quemad. ap.

m l. 64. de furt. l. 80. de leg. 2. l. 44. §. 1. de leg. 1.

CAP. XXXII.

Quibus modis per univerſitatem res nobis acquirantur.

HÆc fuit acquiſitio juris civilis rerum corporaliũ ſingularũ. reliquum eſt diſquiramus, quâ ratione per univerſitatem res nobis acquirantur. Univerſitas hîc eſt juris alieni n univerſi comprehenſio. Per univerſitatem igitur acquirere dicimur, cùm unâ acquiſitione omnia bona alicujus nobis acquiruntur, ſive cum in univerſum jus alterius ſuccedimus. Succeditur autem aut viventi, aut mortuo. Viventi duobus modis o; adrogatione; & monaſterii ingreſſu. Qui ſe adrogandum dat, cum p capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam & domum transfert: ut tamen nihil ampliùs tribuatur adrogatori, quam q parenti & legitimo & naturali; cui nec caſtrenſia peculia acquiruntur, & adventitiorum uſusfructus tantùm. Monaſterium ingreſſi univerſa ſua bona ad monaſterium r transferunt, extra quam ſi s liberos habeant, inter quos ſubſtantiã ſuam dividere non prohibentur, unâ parte ſibi recentâ, quæ monaſterio acquiratur. Mor-

n Univerſitas hîc ſignificat corporũ juriumq; diverſorum jus quoddam univerſale, non res ſingulas, & ſeparatas. §. ult. Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.

o Tit. Inſt. de acq. per adrog. d. §. ult. Inſt. per quas perſ. ſed hic modus apud nos uſum non habet.

p l. 11. §. ult. de bon. poſſ. ſec. tab. §. pen. Inſt. de adopt. *q §. 2. d. tit. de acq. per adrog. add. §. 1. Inſt. per quas perſ.* *r No. 5. c. 5. unde auth. ingreßi. C. de ſac. eccl. quod jus illorum temporum peperit ſuperſtitio.* *s Exceptio addita No. 123. cap. 38.*

tuo

tuo ſucceditur per ſolam hereditatem, quippe bonorum poſſeſſio, itemque libertatum conſervandarum cauſâ bonorum addictio, quæ acquiſitionis ſpecies *t* diſtinctæ ab hereditate videri poſſent, vi ipſa nihil aliud tribuunt, quam *u* hereditatem. Proinde ubi cognoverimus, quid ſit hereditas, & quomodo ea acquiratur, ſimul intelligemus, quomodo defuncto cuique per univerſitatem ſuccedatur.

Hereditas *x* eſt ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit tempore mortis. Succeſſio, id eſt, res *y* ſuccedens, per μετονυμίαν effecti. In univerſum † jus, ut & *z* commodum & incommodum ſuſcipiatur. Quod defunctus habuit, tum in alios, tum quo ipſe tenebatur, aut quo alii facto *a* ejus tenentur. Acquiſitio hereditatis *b* duabus hiſce rebus conſtat; delatione ejus; & delatæ ſuſceptione. Deferre hereditatē, eſt aliquem ad hereditatem vocare ita, ut vel *c* invitus eam ſuſcipere cogatur, vel volenti ejus acquirendæ poteſtas fiat. In delatione duo exigimus; poteſtatem deferendi; item voluntatem. Poteſtas *d* hæc penes defunctum, eum, de cujus bonis agitur, primò; deinde inteſtatò illo mortuo penes *e* legem. Hinc *f* heredes aut teſtamentarii, aut legitimi. A defuncto defertur hereditas aut teſtamento *g* directò, aut per *h* fidei-

t Ut & diſtinguuntur in d. §. ult. Inſt. per quas perſ. & propriis tit. de bon. poſſ. itēque de eo cui lib. conſ. conſ. ca.

u Quippe per quæ univerſum patrimonium & bona defuncti obtinentur, l. 3. §. 2. de bon. poſſ. d. tit. Inſt. de eo cui lib. conſ. nihil a. aliud eſt hereditas l. 24. de verb. ſign. l. 2. ff. & Inſt. de bon. poſſ. in pr.

x Extat hæc definitio in l. 24. de verb. ſign. & in l. 62. de reg. jur. explicata non malè à Bart. ad rubr. de acq. hered. Ciceronis illa in Topic. minùs eſt ad ſubtilitatem juris civilis accommodata, Duar. c. 1, de acq. hered. *y Domina n. fingitur & perſonam defuncti repræſentare, l. 31. §. 1. de hered. inſt. l. 34. & 61. de acq. rer. dom. item ſine ullo corpore juris intellectum habere, id eſt, eſſe & ſubſiſtere, l. 50. de hered. petit.* *† Et hoc ipſum jus heres poſtea ſuccedendo conſequitur per hereditatem, quæ quod ſuum fuit, transfundit in heredem, l. 1. §. 15. ſi is qui teſt. lib. eſſ. hæc explicatio non video cur diſpliceat Bachov. acutiſſ. I C. in not. ad Treutl. part. 2. diſp. 21. th. 1* *z l. 1. & 3. in pr. de bon. poſſ. l. 37. de acq. hered.* *a Quos promittendo vel legando jure obſtrinxit.* *b Id indicant hi loci l. 8. & 9. C. de jur. delib. l. 151. de V. S. l. 21. §. 2. de acq. her.* *c Nam & neceſſario heredi deferri dicitur hereditas, cum ad eam vocatur, licet ipſo jure heres fiat. d. l. 8. C. de jur. del. nec dubium eſt quin definitio Ter. Clementis in d. l. 151. de V. S. de voluntariis heredibus ſit intelligenda.* *d Lege 12. tab. domino cuique tributa l. 120. de V. S.* *e Unde eſt, quod quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, lege non deferatur. l. 39. l. 70. in pr. de acq. her add. l. 1. & 3. de petit. hered. §. ult, Inſt. per quas perſ.* *f Item hereditas teſtamentaria & legitima d. l. 70. de acq. her l. 6. §. 2. quæ in fraud. cred.* *g Cum teſtator heredes inſtitutos rectà ex teſtamento & ab ſe hereditatem capere vult, hac aut ſimili formulâ, heres eſto: heredem eſſe jubeo. §. 2. Inſt. de fid. hered.* *h Cum teſtator heredem directò inſtitutum rogat, ut eam hereditatem alii reſtituat. d. §. 2.*

commiſ-

commissum; aut codicillis per fideicommissum tantùm. Quæ directò defertur, aliter defertur atque acquiritur jure civili; aliter jure prætorio. Singula ordine prosequamur, & ab eo, quod primum est, ducamus exordium.

CAP. XXXIII.

De testamentis.

TEstamentum *i* est voluntatis nostræ *k* justa sententia, de eo, quod quis post *l* mortem suam fieri velit. Testamentum duplex, aut enim paganorum est certis legibus adstrictum; aut militare his solutum. Ut testamentum paganorum rectè fiat, in his tribus est positum; in persona testantis; in forma & modo testandi; in iis rebus, quas testamentum complecti debet. In persona duo hæc spectanda; conditio personæ; facultas testandi. Conditione civem *m* Ro. esse oportet. Eum accipiemus in omni gente & natione, qui civis sit ejus nationis aut gentis. Eorum, qui, cum cives Ro. sint, facultatē tamen testandi non habent, quatuor ordines. In primo ordine est *n* filiusfa. quippe lex *o* duodecim tab. quæ hanc facultatē dedit, præcisè ac definitè de patribusfa. locuta est. Postea permissā filiofa. testatio *p*, sed de peculio † castrensi & quasi castrensi duntaxat. In secundo ordine

i Ex eo appellatū, quod testatio mentis sit. quæ notatio simul vim ipsius rei exprimit, perinde ut illa novationis apud Vlpian. l. 1. ff. de novat. De origine test. consule Vigl. ad §. 3. Inst. hoc. tit.

k Justa, id est, plena & legitima: utraque enim significatio huic voci cōvenit. Hac igitur nota, quæ heredis institutionem vel maximè continet à codicillis satis distinguitur.

l Hæc verba donationem causa mortis & contractus omnes removent, quorum proprium non est, ut post mortem demum quid fiat. extat definitio in l. 1. ff. eod.

m Id indicat primum & secundum caput. leg. falcidiæ. l. 1. ad l. falc. igitur nec servus l. 16. nec deportatus l. 8 §. 1. nec obsides, nisi eis permittatur l. 11. ff. eod. testari possunt.

n Adeò, ut quamvis pater ei permittat, nihilo magis testari possit in pr: Inst. & l. 6. ff. eod. quippe cum hoc jure publico tribuatur & legib. non privatorum voluntate, l. 3. & ibi Cuiac. eod.

o Integra leg. verba extánt apud Cornif. Rhet. 1. Cic. 2. de invent. relata à plerisque & exposita inter fragmenta legis.

p Non quod filiusfa. mutatā bonor. conditione, tanquam remoto obstaculo, statim testari potuerit: sed quod hoc ei constitutionibus principum speciatim concessum est, pr: Inst. quib. no. est per. fa. test. l. ult. C. de inoff. test.

† An igitur filiusfa. testari non potest saltem de iis bonis adventitiis, quæ patri non quæruntur? Certum est non posse l. pen. & ult. C. qui test. fac. quibus ll. sublata est dubitatio, quam verba §. 5. l. ult. C. de bon. quæ lib. jam tum circa hanc rem pepererant. Plura Vigl pr. Inst. quib. non est perm. fac. test. nostris moribus potest de omnibus.

sunt

ſunt *q* quinque; furioſus; mente captus; prodigus, impubes in quibus nec mens nec ullum judicium; item ſtatus ſui incertus, cui obſtat ignorantiâ juris ſui, quo minùs certo judicio teſtari poſſit. Tertius ordo eſt eorum, qui teſtari, quod ſentiunt, commode nequeunt; ut *r* mutùs, ſurdus, cæcus; quibus tamen certis *s* conditionibus teſtari permiſſum eſt. Quartus ordo eſt eorum, quorum vita legibus ita notata eſt ut teſtari nominatim prohibiti ſint: uti conſtitutum eſt in eo, qui *t* inteſtas nuptias contraxit, itemque in iis, qui ob carmen famoſum damnati inteſtabileſque facti ſunt. Quæ omnia eo tempore ſpectanda, quo *u* teſtamentum conditur: poſt factum teſtamentum ſi quid horum inciderit, teſtamentum non infirmatur: niſi ea mutatio incidat, quæ ſalvo ſtatu & fortunis contingere non poteſt.

q De quibus eſt in §. 1. & 2. Inſt. l. 5. 14. 15. & 18. ff. eod.

r §. 3. & 4. Inſt. l. 6. §. 1. l. 7. ff. eod. hoc a. de ſurdo, nõ de ſurdaſtro, de muto, non de balbo, accipiendum. d. §. 3. l. 9. de Æd. edict.

s Muti & ſurdi juxta normã. l. 12. cæci ſecundũ l. 8. C. eod.

t Cui tamen non omnimodò adempta teſtandi facultas: ſed intra certas perſonas concluſa l. 6. & auth. ſeq. C. de inc. nupt. De homine inteſtabili eſt in l. 18. §. 1. l. 26. ff. eod

u Quæ mutatio teſtatorem capite non minuit, teſtamentum ante factum non infirmat. §. 1. 2. 3. Inſt. quib. non eſt per. fac. teſt. l. 2. & 6. §. 1. ff. eod. ut hic tempus facti teſtamenti inſpiciatur tantùm, ſin per mutationem capite minuatur, hic, quia irritum fit teſtamentum, etiam mortis tempus conſiderandum l. 6. §. 5. & ſeqq. ff. de inj. rup. §. 4. Inſt. qui mo teſ. inf ſolo a. mortis tempore jus teſtandi habuiſſe nunquam ſufficit, l. 1. §. 8. ff. cont. tab. l. pen. de R. I. Duar. ad h. tit. c. 2. ſect. ult. cui hæc quæſtio hujus tractatus difficillima videtur.

CAP. XXXIV.

Quomodo teſtamenta fiant.

POſt perſonam teſtantis proximè ſpectanda forma & modus teſtandi. Teſtari quis poteſt aut publicâ fide; aut privatâ. Publicâ fide ✝ bifariam; aut teſtamento precibus principi oblatis inſerto; aut in acta magiſtratus municipũve relato. Privatâ fide teſtatio procedit aut ſcripto, aut ſine ſcripto per nuncupationẽ. Scripti teſtamẽti ordinatio duabus his rebus conſtat; ſcripturâ teſtamẽti, & ejus ſcripturæ cõfirmatione. Ad ſcripturam quod attinet, nihil refert, qua in *x* mate-

✝ Utroq; publicâ fide teſtandi modus notatur in l. 19. C. de teſt. add. l. ult. C. de re jud.

x Tabulæ teſtamenti ſignificant omnem materiæ figuram l. 1. in pr. ff. ſec. tab. §. 12. Inſt. hoc tit. Olim ferè in tabulis ligneis leviter ceratis teſtamenta ſcribebantur, unde nomen adhuc manſit. vid. in hunc. loc. Alex. ab Alex. gen. dier. 2. 30.

materia, à quo *y*, aut quo tempore teſtamentum ſcribatur. Confirmationis ſcripturæ tres ſunt partes; prima, ut teſtes colligantur: ſecunda, ut teſtator coram his voluntatem ſuam declaret: tertia eſt in teſtium facto & conteſtatione. In prima parte hæc *z*. ſpectentur; rogatio teſtium; numerus; eorum conditio. Teſtes rogatos adeſſe oportet, numero ſeptem, omnes conditione idoneos, quæ tunc inſpici debet, cum teſtamentum ſignant. Idonei ſunt, qui non prohibentur. Prohibentur quidam naturâ, quidam lege. Natura *a*, qui vel non intelligunt, quod agitur, aut ſenſu id percipere vel eloqui non poſſunt, ut furioſus, prodigus, impubes, mutus, ſurdus, cæcus. Lege prohibentur quidam in totum; quidam ob privatas cauſas in hoc teſtamentum incidentes. In totum ex *b* tribus his cauſis; à ſtatu *c*, ſervus, item deportatus; à ſexu, mulier; à damnatione, qui quovis judicio ita damnati ſunt, ut lege jubeantur eſſe inteſtabiles. Cauſæ privatæ duæ: poteſtas inter teſtatorem & teſtem conſtituta, quæ efficiat; ut pro una perſona uterque habeatur; hinc nec filius *d* patri, nec hic illi rectè teſtis adhibetur: item negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratiâ: Hoc totum cum inter teſtatorem & heredem geratur, merito *e* heres & quicunque eſt ejuſdem familiæ, à teſtimonio arcetur.

Declaratio voluntatis ſupremæ hoc exigit, primùm ut teſtator ſcripturam teſtamenti, &, ſi ita illi videbitur, clauſam *f* coram teſtibus proferens, teſte-

y Utrū à teſtatore, an dictante teſtatore ab alio quovis: utrū antè, an coram teſtibus, l. 21. C. eod. Nam qn. d. de nomine heredis exprimēdo Inſt. cōſtituerat. l. 29. C. eod. ipſe poſtea ſuſtulit. N 119. §. quia verò.

z Quæ indicantur his locis, l. 21. §. pen. ff. l. 21. pr: C. § 3. Inſt. l. 22. §. 1. ff h. tit.

a Hi notantur in §. 6. Inſt. l. 18. in pr: l. 20. §. 4. ff. eod.

b d. §. 6. d. l. 18. §. 1. d. l. 20. §. 6. & 7. l. 21. C. eod.

c Subvenitur tamen teſtamento, ſi tempore faciendi teſtamenti liberi loco ab omnibus habeatur. §. 7. Inſt. l. 1. C. eod.

d Unius familiæ plures eſſe teſtes in alieno teſtamēto non prohibentur, § 8. Inſt. l. 22. in pr. ff. eod. l. 7. ff. de teſtib. ſed nec filius patri, in cujus poteſtate eſt, nec frater fratri, qui in ejuſdem patris eſt poteſtate, rectè teſtis adhibetur, reprobatum eſt enim in hac re domeſticum teſtimonium. § 9 Inſt eod, quod cum Theoph. accipe nō ex cognatione. ſed ex unitione, quæ per poteſtatem fit. ut intelligatur hoc ad emancipatos nō pertinere. Vigl. ad. §. 9.

e §. 10. Inſt. eod. legatariis a. quia cum iis negotium iſtud non geritur, cum non ſint juris ſucceſſores, teſtimonium non denegatur §. 11. Inſt. l. 20 in pr ff. l. 22. C. eod. A enim nemo ſibi teſtimonium dicere poteſt. l. 10. de teſtib. Reſp. legatarius non ſibi, ſed heredi dicit. Commodum a. quod per conſequentiā capit, non debet evertere teſtamentum, quod teſtibus adhibitis cōfirmatur. l. 14. ff. de reb. dub. quo jure etiā nos utimur, quamvis duo tantum teſtes adhiberi ſolent.

f l. 21. C. eod. ubi cætera quoque, quæ declaratio voluntatis exigit, commemorantur.

tur

tur hoc ſuum teſtamentum eſſe. deinde ab iis petat, ut ſubſcribant & ſubſignent: poſtremò ipſe in extrema parte, hoc ſuum teſtamentum eſſe, ſcripto profiteatur: ſi literas neſciat, octavus aliquis adhibeatur, qui nomine teſtatoris ſubſcribat.

Factum teſtium quatuor hæc continet *g* ſubſcriptionẽ; obſignationem; ut hæc coram omnibus *h*, ſimul & in † conſpectu teſtatoris, fiant; item ut eodem tempore unoque contextu, externo *i* actu nullo interveniente. Cæterùm jure ſingulari in quibuſdam teſtamentis aucta ſunt hæc, in quibuſdam relaxata. Aucta conſtitutione *k* Juſtini in teſtamento cæci: quę lectu obſervanda. Relaxata in quatuor generibus teſtamentorum; in teſtamento *l* ruſtici, cui permiſſum quinque teſtes adhibere, ſi plures non reperiantur; remiſſæ item ſubſcriptiones, ſi literati deſint: in teſtamento parentum inter liberos, ſiquidem hujuſmodi voluntatem etiam ex imperfecto teſtamento valere placuit: in teſtamento poſteriore, in quo ſi ſcripti ſint heredes, qui ab inteſtato ad hereditatem vocantur, placuit, ſufficere *m* quinque teſtium juratorum depoſitiones, ac infirmato priori teſtamento, poſteriorem hanc valere voluntatem, non tanquam teſtamentum, ſed tanquam voluntatem ultimam inteſtati: in omni denique teſtamento ad pias cauſas quævis *n* voluntas ſuprema Canonibus rata habetur.

Teſtamentum, quod ſine ſcriptura per nuncupationem fit, tribus his rebus conſtat; ut teſtator voluntatem ſuam *o* nuncupet; ut palàm; ut teſtes eam

g §. 3. Inſt. l. 21. §. ult. l. 22. § 4. l. pen. ff. l. 9. & l. 21. C. eod.

h Teſtes durare debent. donec ſuprema teſtatio peragatur, l. 20. §. 8. ff. eod. niſi ob causã majorẽ ac novũ ſubduci aliquẽ oporteat, l. 8. C. eod. 1 d. l. 9. C. eod. proinde ſi velum interjectũ aut cortina conſpectum adimat, non valebit teſtamẽtum, ne qua frans adhibeatur. Sichard. ad d. l. 9.

i Excepta eſt cauſa neceſſitatis l. 28 C. eod. non eſt actus alienus, qui ad teſtamentum pertinet. Duar. cap. 4. ad hunc tit.

k Eſt in l. hac cõſultiſſima. 9. qui teſt. fac. poſſ.

l De teſtamẽtis ruſticanorum hæc conſtituta ſunt in l. ult. C de teſtam. de parentum inter libros in l. 21. §. 1. C. eod. & l. ult. C. fam. erciſc. *m* d. l. 21. § pen. C. eod. legata igitur, & fideicommiſſa eo teſtamento relicta peti poterunt. l. ult. §. ult. C. de codicill. *n* Teſtata vel coram duobus teſtibus. c. relatum, 11. ex. eod, Schneidew. ad. h. t. c. 5. n. 19. *o* §. ult. Inſt. l. 21. in pr. ff. l. 21. §. 2. C. eod. In hac regione heredem ferè nuncupamus, licet teſtamenta in ſcriptis quoq; conficiantur, fiunt plerumq; coram notario & duob. teſtib. Hinc quæſitum eſt, an talia teſtamenta ubique valeant. communiter placuit valere, arg. l. 6. de evict. l. 34. de reg. jur. Quid ſi exterus ſecundum morem regionis, in quâ teſtatus eſt, teſtamentum fecit? valebit quoad bona ubicunque ſita. Geil. 2. obſ. 123. Adde tamen Sichard. ad l. 9. C. de teſtam.

exau-

exaudiant. Communia hîc cum scripto testamento duo; numerus & conditio testium; testationis unus contextus: cætera discrepantia.

CAP. XXXV.

Quæ res ad vim testamenti necessaria. De liberis heredib. instituend. vel exheredandis.

Sunt & res quædã testamento comprehendendæ, quibus omissis aut nullum sit ab initio testamentũ, aut postea infirmetur. Hæ partim communes omniũ testatorum; partim quarundam personarum propriæ. Communis, heredis institutio, utpote quæ *p* caput est & fundamentum testamenti. Reliquæ propriæ tribus generibus testatorum injunctæ; parentibus, liberis; fratribus consanguineis. Parentum hoc officium, ut liberos omnes, quos gradu nemo præcedit, aut *q* heredes instituant, aut justis de causis exheredent. In hoc officio tria spectanda; quibus lex consultum voluerit; quid tribuat; quæ præteritionis aut injustæ exheredationis pœna. Prospicere lex voluit liberis, nec *r* distinxit inter sexum aut gradum; inter suos aut emancipatos eosvè, qui nunquam in potestate fuerunt, inter natos aut nascituros: modo in suo ordine nemo eos *s* gradu superet. Quod his à lege tributur, est, ut aut instituantur; aut justè exheredentur. Institutio tria hæc exigit ; ut instituantur; ut ad certum modum; denique ut ad certam quantitatem. Primò non sufficit *t* quovis titulo liberis quid relinquere, sed

p §. 34 Inst. de leg. ideoq; sine ea nec testamentum, nec quæ in eo scripta sunt, quicquã valent. §. 2. Inst. de fid. hered. l. 1. in fin. de vulg. l. ult. de jur. Cod. legata verò & fideicommissa ad vim testamẽti nihil pertinent.

q tt. Inst. de exher. lib. ff. de lib. & post. C. de lib. pret. auth. non licet eod.

r Olim quoad formã & necessitatem instituendi aut exheredandi nõ una fuit inter liberos distinctio §. 1. & deinceps Inst. eod. sed discrimen illud omne const. Iustiniani sublatum est. §. 5. Inst. l. 4. C. eod. Nov. 115. c. 2. nec cautio Galli de nepotib. posthumis instituendis, de qua in l. 29. ff. hoc. tit. hodie necessaria: postquam jure civili etiam alienus posthumus institui posse cœpit. §. 28. Inst. de leg.

s Nam si quis, verbi causâ, filium instituerit aut exheredaverit, nepotem ex eo impunè præteribit: adeò ut si exheredatus ante aditam patris hereditatem decesserit, nepos nihilomagis rumpat testamentum l. 9. ff. eod. l. 6. in pr. ff. de injust. sed hoc casu placuit querelam etiam non præparatam transmitti, l. 34. C. de inoff.

t Sicuti jure antiquo is, cui quarta quovis titulo relicta erat, excludebatur à querela. §. ult. Inst. de inoff. l. 8. §. si quis mortis ff. eod. novißimo enim jure constitutum, ut parentes saltem ex aliqua parte aut re liberos heredes instituant d. No. 115. c. 3, & 5. haud dubiè ideò, quia hereditates non modo honesto titulo, sed etiam pleniore honore tribuuntur l. 5. §. 6. de leg. præst. idque etiam apud nos custoditur.

hic eis honos habendus est, ut heredes instituantur. Secundò exigitur, ut filius, qui in potestate est, qui idē suus heres, instituatur aut purè, aut sub ea conditione, quæ in ejus est *u* potestate. Postremò quantitas, ad quam instituendi sunt liberi, hæc est, ut, si quatuor sint aut pauciores, non minùs triente, sin plures, non minus semisse illis relinquatur: quæ legitima est sive debita portio, ad eam quantitatem *x* aucta à Justiniano, cum anteà quarta tantùm pars esset debitæ ab intestato portionis. Si minùs relictum est, valebit quidem institutio, sed quod deest legitimæ, supplebitur ex constitutione Justiniani *y*.

u l. 4. ff. de hered. Inst. quod declaratur in §. 1. d. l. 3. & l. 4. 5. & 6. eod. quæ propter hisi sub contraria cōditione exheredetur, inutiliter pater testabitur. l. 4. C. de Inst. l. ult. ff. de cond. inst. Idē est si impossibilis conditiō institutioni adjecta sit. l. 15. ff d. tit. Cæteri sub quavis conditione rectè instituuntur: ita tamen, ut non noceat conditio ad quantitatem legitimæ l. 32 C de inoff.

Rectæ exheredationis hæ sunt leges; primùm, ut ritè liberi exheredentur; deinde etiā ut justis de causis. In ritu hæc *z* observanda; ut exheredentur nominatim; ut purè; ut simpliciter, non ex re certa; ut ab omnibus gradibus. Alterum hæc *a* tria desiderat: Primùm, ut eas causas exheredationis testator habeat, unam videlicet aut plures, quæ ad 14. Lege Justiniani expressæ sunt: secundò, ut easdē testamento suo no-

nisi forte & hæc discrimina sublata sint l. 4. C. de lib. præt. *x Nov. de trient. & sem. 18. olim quarta debitæ partis l. 8. §. quoniam ff. de inoff. quod nomen, auctâ licet quantitate, interpretes retinuerunt. Quæsitum, hæc portio jurène natura liberis debeatur, an verò jure civili tantùm & consequenter, Statutò ne minuī duntaxat, an verò in totum etiam tolli possit. denique Quotâne bonorum sit, an hereditatis? sed non est instituti nostri ista examinare adeatur Gail. 2. obs. 120. & 122. Illud certum est, portione hac liberis relictâ securè parentes testari. d. l. 8. §. si quis mortis.* *y l. omnimodò 30. C. de inoff. repetitâ Nov. 115. C. 5. abrogatoq; jure veteri, quod est in d. l. 8. d. §. si quis mortis.* *z Ut indicant hi loci. primum est in d. l. 4. C de lib. præt. §. 5. Inst. eod. exemplis illustratur in l. 1. 2. 3. ff. de lib. & post. secundum est in d. l. 3. § 1. ratio est in l. 18. cont. tab. quod certo judicio liberi à parentum successione removendi sint. Tertium in l. 19. de lib. & post. alia causa est institutionis. l. 1. §. 4 de her. Inst. quippe institutio benignè accipitur: exheredationes verò non sunt adjuvandæ d. l. 19. c. odia. de reg. jur. in 6. Quartum hanc habet sententiam, ut perimatur is gradus, à quo exheredati non sunt, cæterum si à primo gradu præteriti, à secundo sint exheredati, testamentum exordium capiet à gradu secundo d. l. 3. §. ult. l. 14. §. 1. eod.* *a Comprehensa d. No. 115. c. 3. ubi tria innovavit Iust. 1. certas causas definivit, extra quas parentibus non liceret liberos exheredare. unde sequi videtur, ne ob partes quidem licere, ut Vigl in §. ult. Inst. eod. Broncls. 3. asf 26. Quamvis a. nec jure veteri, nisi meritis de causis, liberi exheredari potuerint: tamen causæ nullo jure definitæ ab arbitrio tantùm pendebant bonorum virorum vid. Val. Max. 7. 8. add. l. 7. de bon. dam. 2. voluit causas nominatim testamento inseri, cum anteà sufficeret eas ab herede allegari l. 28. C. de inoff. 3. cum antea liberis necessitas incumberet probandi se debitum parentibus obsequium jugiter præstitisse l. 5. §. 1 ff de inoff. d. l. 28. C. eod. heredi necessitatem imposuit probandi causam testamentum adscriptam.*

minatim inserat: tertiò; ut negante exheredato, heres eas nihilominus probet.

Pœna præteritioni & injustæ exheredationi constituta, est hæc, ut ex his causis testamentum *b* irritū fiat. Duo hîc consideranda; quando & quomodo testamētum irritùm constituatur; item quatenus. Et aliud hîc in *c* præteritione constitutum, aliud in exheredatione. Præteritionis pœna pro quadruplici differentia liberorum variatur. Primùm liberis superstitibus & suis heredibus præteritis, ipso jure *d* ab initio nullum est testamentū. At posthumo suo hærede præterito, valet ab initio testamentum, sed nato posthumo, agnatione ejus *e* rumpitur. Emancipatis præteritis datur † bonorum possessio contra tabulas. Præteritis iis, qui in potestate parentis demortui nunquam fuerunt, consulitur per *f* querelam inofficiosi. De exheredatione ita jus est. Exheredatio non ritè facta, id est, non nominatim, neque purè, neque ex tota hereditate, pro *g* præteritione censetur. Sin exheredatione solemniter factá, immeritò exheredati liberi dicantur, unum hîc auxilium, querela inofficiosi, omnibus pariter patet *h*.

Atque ex his causis jure antiquo in *i* totum corruebat judicium defuncti, sive ab initio inutile esset testa-

b d. Nov. 115. c. 3. auth ex causa C. de lib. præ.

c Præteriti dicuntur, qui neq; instituti sunt, neque, ut oportet, exheredati §. 12. Inst. de her. quæ ab int.

d in pr & §. 5. Inst. & l. 30. ff. hoc tit. nec morte eorum aut abstentione restituitur d. pr. l. 7. ff. eod. sanè tum bon. possessio sec. tab. interdum defertur, nempe si scripti heredes eam ab intestato auferre potuerint l. 12. & 17. de injust. rupt. aut testator recenti judicio voluntatem confirmavit l. pen. sec. tab. *e §. 1. Inst eod. l. 1. C. de post. her. Idem est, si præteriti sint nepotes jam nati, qui, filio mortuo, avo sui heredes futuri sunt §. 2. Inst. eod. l. 13 ff. de injust. nec ruptum semel restituitur §. 1. Inst. eod l. 1 C. d. tit. nisi quod temperamentum præcedens hîc quoq; adhibendum d. l 12. in cujus fine adjicitur conditio, quæ æqualiter ad species præcedentes attinet. Nam si extraneis scriptis possessio à prætore data sit, ea sine re efficiatur necesse est, si ii, qui à lege vocantur, jure suo uti velint. Ulp tit. 28 §. ult. An igitur tale testamentum sustinebitur saltem jure prætorio? Quod magis probo, cum Vigl. ad § 2. n. 4 Inst. hoc tit arg l. 12. § 1. cont. tab. l. 17. ff. de injust diss com. DD & cum iis Ant. Fab. l. conj. 9. & 16. 19.* *† §. 3. Inst hoc tit. d l. 4 C. eod. quæ intra annum peti debet. l. 1. §. 1. largius de succ. ed.* *f § ult. Inst. eod quâ perlata testamentum rescinditur.* *g l. 8. §. non quavis cont. tab. quapropter suis heredib. ita exheredatis, testamentum ipso jure nullum erit: emancipatis dabitur bon. possessio: cæteris consuletur querelâ.* *h Nam & jure civili testamentum valet, nec prætor exheredatos ad cont. tab. bon. poss. admittit. d. l. 8. §. 2. Inst. de inoff. Adeo ut nec posthumi ritè exheredati alio jure venire possint d. §. 2. l. 6. ff. l. 33. §. ult. C. d. tit. Dixerit quispiam causam ingratitudinis, quæ testamento inserenda est, in posthumum non cadere. At non eo minus ritè facta exheredatio intelligitur, si leges supra scriptæ observata fuerint. arg. l. 7. de bon. dam. Vulgo tamen in contrarium itum est.* *i l. 17. de injust. l. 1. C. de post. her. l. 8. §. ult. de inoff.*

mentum,

mentum, sive postea rescinderetur, nisi quod emancipatis præteritis aut non ritè exheredatis, quibusdam tantùm *k* personis legata & fideicommissa præstabantur. Postea placuit, quoad institutionem tantùm irritum fieri: legata verò & fideicommissa, cæteraque eo testamento cauta, rata nihilominùs & firma *l* manere. Putarem tamen *m*, filio, qui in potestate est, præterito, ne nunc quidem quidquam deberi.

k Liberis, parentib. uxori, l. 8. §. ult. cont. tab. l. 1. de leg. præst.

l d. N. 115. c. 3. §. sive igitur. auth. ex causa. C. h. tit.

m Nam verba illa, exheredare, præterire, quæ promiscuè in d. No. usurpantur, propriis subjectis commodè attribui possunt, ut illud ad patrem, hoc ad matrem referatur. quamvis & hîc obstet commu. opinio, quam tuetur Don. in d. auth.

CAP. XXXVI.

De parentibus præteritis vel immeritò exheredatis. Item fratrum institutio aut exheredatio ubi necessaria.

Turbato ordine mortalitatis, pietas & commiseratio idem officium liberis erga parentes injungit. Proinde & *n* parentes à liberis instituendi sunt, aut nominatim exherēdandi. In institutione tria quærenda: Institutio ipsa, ut non satis sit quovis genere relicti quid ad parentes † pervenire: modus institutionis, ut purè instituantur, aut si sub cōditione, ea *o* subducatur usque ad portionē legitimam: Quantitas institutionis, ut triēs illis relinquatur, vel quod deest *p* suppleatur. Exheredatio itidem hæc duo requirit; ut ritè exheredentur, & quidem *q* eodem ritu, quo liberi; ut justis de causis testamento item insertis, quæ & ipsæ definitæ sunt, & ad *r* octo enumeratæ à Justiniano. Pœna præteritionis & injustæ exheredationis hæc, ut liceat *s* parentibus inofficiosi querela testamentum impugnare. Sed & parens à filio emancipato

n l. 15. ff. de inoff. l. 7. §. 1. und. lib. Intellige a. gradu proximos. d. No. c. 4.

† Sed perinde, ut liberi heredes instituendi sunt: quod & disertè cautum d. No. c. 4.

o l. 32. C de inoff. quod ultra est ad eam quantitatē expectatur conditio.

p Idem nimirum hîc placet, quod in liberis l. 30. C. d. tit. No. de trient. 18.

q Quod ex ea parte Nov. 115. facilè intelligitur, quæ est de exhered. parentum.

r d. const. Nov. 115. c. 4. Pauciores hîc causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes admissa pœnam merentur.

s l. 17. C. de inoff. §. 1. Inst. eod. querelâ a. pertasâ rescinditur testamentum quoad institutionem tantùm, ut supra No. 115. §. 9.

præteritus, exemplo patroni, ad *t* contra tabulas bonorum possessionem admittitur.

Fratrum consanguineorum inter se longè dissimilis est ratio. Ita demum frater *u* consanguineus fratris sui testamentū inofficiosi querelâ subvertet, si in eo *x* turpis persona heres sit instituta. Sed ut turpis persona instituta sit, quatuor tamen hæ causæ nihilominùs fratrem removebunt. Primùm ingratitudo ex tribus causis aliâ quâdam *y* constitutione expressis: quas causas ab herede opponi & *z* probari sufficit, etiāsi à testatore objectæ non fuerint. Secundo, servi † necessarii heredis institutio. Tertiò, si ipse frater eâdem *a* turpitudine, quâ heres scriptus, laboret. Quartò, si quovis *b* relicti titulo portionem *c* legitimam sit consecutus: si minus relictum, actio *d* expletoria, ut suprà, locum habebit. Quod si nihil istorum erit, quod fratrem removeat, proposita est præterito aut non rectè exheredato querela inofficiosi, quâ perlatâ, testamentum rescindatur. Sed meminisse debemus, eundem esse pœnæ modum tum hîc tum in superioribus personis, quem in liberis ex iisdem causis esse diximus, ut rescisso, quo ad institutionem, testamento, cætera capita firma maneant *e*.

t l.1.si à par. man. quod jus querelam non excludit l.14.ff.de inoff. quâ plenius patri cōsulitur: ideoq; non obstat. §. 2. Inst. d. tit.

u Sive ex utroque parente cōjunctus, qui & germanus dicitur, sive ex patre tantùm. Uterinus impunè præteritur. l. 27. C. de inoff.

x §. 1. Inst. d. l. 27. C. d. tit. ubi turpis persona definitur, quæ vel turpitudinis, vel infamiæ, vel levis notæ maculâ aspergitur. An igitur & spurii? Vix dixerim nam nec jure infames sunt, nec quicquam ipsi admiserunt, quod existimationem eorum offendat apud bonos viros. Crimen a. paternum nullam maculam filio infligere potest. Call. l. 26. ff. de pœn. & rectè Augustin. Undecunque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honesti sunt. c. undecunque dist. 56. vid. tamen Palaeot. c. 55. de noth. spur. fil. diss. comm. DD, pleriq; nostrorum distinguunt inter naturales & natos ex damnato coitu. *y Nov. de nupt. 22. C. 47.* *z Ita n. jus vetus fuit, cui in hoc non derogat præced. constitutio.* *† d. l 27. C. de inoff.* *a l. 11. c. d. tit. arg. l. 47. sol. matr.* *b Sicut & jure antiquo obtinuit. §. ult. Inst. l. 8. § si quis mortis. ff. de inoff. nihil enim hic innovatum.* *c Nimirum trientem debitæ ab intestato portionis: ut observari voluit Iust. in omnibus, qui jure antiquo de inofficioso agere potuerunt No. 18. c. 1. in fin. ubi Cujac. add. Fach. 4. cont. 28. quod & nostri ferè sequuntur. Vulgò tamen obtinuit parentum quidem legitimam auctam esse: at non fratrum test. Iason. in auth. novissima n. 36. C. de inoff.* *d l. 30. C. d. tit. hoc item novum est.* *e De quo licet in præteritione fratrum nihil apertè cautum: tamen id majore quadam ratione, quam in liberis aut parentibus præteritis, efficitur. Cuch. tract. de legit. §. quasi etiam potest. n. 8. licet plerique diss.*

CAP.

CAP. XXXVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

TRibus hisce concurrentibus, personâ testantis, modo testandi, item iis rebus, quas testamento *f* caveri oportet, justum habemus testamentũ. Sed non est satis ad deferendam ex testamento hereditatẽ, ab initio justum esse: nisi & tale ad extremũ perseveret. Infirmandi testamenti ratio duplex: nam & voluntate testatoris infirmari potest: potest & invito. Volente testatore infirmatur aut mutatis tabulis, aut integris manentibus. Mutatis, si *f* testamentum inciderit, ruperit, fregerit, induxerit, cancellaverit, signa corruperit. Integris manentibus, si aliud testamentum æquè jure *g* perfecerit. Nudâ autem voluntate testatoris testamentum nunquam *h* infirmatur: usque adeò ut cautum sit, ne aliter tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint. Excipienda tamẽ hîc ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut *i* militis, parẽtis *k* inter liberos, item in quo scriptus est heres, qui *l* ab intestato venire potest. Planè si testator tribus testibus præsentibus, aut apud acta judicis priorem voluntatem revocaverit, & ex eo decennium intercesserit, placet revocatione voluntatis tanto temporis lapsu confirmatæ prius testamentum *m* rumpi.

Invito testatore testamentum infirmatur aut interiore aliquo vitio testamenti; aut sine vitio testamenti casu externo, quod cum fit, testamentum *n* irritum

f l.1.§.3 & l. 2. de his quæ in test. de lent. l. pen. C. de testam. l. pen. §. ult. cont. tab. l. 22. §. 3. qui test. fact. secus est, si quid horum ignorante testatore contigerit. d. l. 1. § 3. d. l. pen. C. de test.

g §. 2. & 7. Inst. h. tit. l. 1. & seq. de injust. rupt.

h imperfectum. n. testamentum accipere debemus pro qualitate perfectum, sive paganum sive militare d. l. 2. eod.

h d. §. Inst. eod. idq; consentaneum est regulæ juris 35.

i Quemadmodum prius testamentũ quocunque modo factum posteriore militis voluntate rescinditur. d. l. 2. de injust. l. 3. 4. §. ult. de test. militia quoque testamentum jure militiæ factum solvitur imperfecto quovis posteriore l. 34. §. 1. eod. tit. *k l. 21. §. ex imperfecto. C. de testam. Id verò licet imperfectum, tamen favore liberorum non aliter tolli placuit, quam posteriore ritè facto. auth. hoc inter. C. d. tit.* *l d. l. 2. ff. de injust. si modò in priore testamento alii scripti fuerint, & in posteriore 5. testes intervenerint d. l. 21. §. 3. Atque hanc posteriorem scripturam valere tanquam voluntatẽ intestati suprà dictum est.* *m Quod effectum est constitutione Iust. l. 27. C. de testam.* *n §. 5. Inst. h. tit. l. 1. in fin. de injust. & rectè Irrita n. dici constat, in quibus cùm omnia conati sumus, eventus conatui non respondet. sic Plin. in panegyr. Irritis precibus surdas principis aures adstrepebant, sic irritus labor, apud Ovid. 1. metam.*

 fieri,

fieri, in usu juris propriè dicitur. Vitio interno testamentum infirmatur, cum ex causis præteritionis exheredationisvè aut ipso jure rumpitur, aut alieno facto ex iisdẽ causis rescinditur. Rumpitur ipso jure aut agnatione sui heredis, puta *o* posthumi præteriti, aut quasi agnatione, videlicet si testator post factũ testamentum filium *p* adrogaverit, aut si nepos, qui tempore facti testamenti avo suus heres non erat, in locum sui heredis vivo avo testatore ex lege Velleia *q* successerit. Ad rescindendum alieno facto testamentum; remedium duplex proditum, bonorum possessio contra tabulas, & querela inofficiosi testamenti. Prius propositum liberis præteritis tùm emancipatis tum *r* suis heredibus, sed illis necessarium *s*, his non item. Utrisque exheredatis *t* necessarium alterum, ut & cæteris liberis, parentibus, fratribus cùm exheredatis tum præteritis †

Casus externus aut à testatore est, aut ab herede. A testatore, cum is mutato statu bona habere desinit; quod accidit cum capite minuitur; nec interest, quæ sit ea capitis deminutio, maxima, media, an minima: *u* omnibus enim his modis irritum fieri testamẽtum dicitur: excepto eo, quod ante captivitatẽ factum juris postliminii aut legis Corneliæ commento *x* sustinetur. Pro capite minuto etiam habendus is, qui reus postulatus, vel in scelere deprehensus, metu criminis imminentis *y* mortem sibi conscivit. Sed quæ

o Filii aut nepotis, cujus pater jam diẽ suum obiit. l. 1. 4. 5. ff. de injust. §. 1. Inst. de exh. lib. & § 1. Inst. h. tit.

p l. 8. d. tit. aut adoptaverit secundum const. Inst. §. 1. eod. quibus consequens est etiã legitimatione rumpi. quod & crebrius placuit. Tessaur. decis. 84. n. 1. Forster. 6. de suc. ab int. 37.

q Nam & hic posthumi loco est. §. 2. Inst. de exh. lib. l. 13. ff. de injust.

r §. 12. Inst. de her. quę ab int. l. 4. C. de lib. præt. in medio l.

s Quippe qui & ipso jure testamentum evertunt. d. l. 4. vers. sancimus emancipati verò jure civili incogniti. §. 3. Inst. de exh. libe

t Neque n. putavit prætor exheredatione notatos ad cont. tab. bon. poss. admittendos l. 8. cont. tab. Cæterorum a. præteritio pro exheredatione est. §. ult. Inst. de exh. lib. ideoq; querela auxilium iis semper necessarium. d. § ult. §. 2. Inst. de inoff.

† Meminisse hic oportet, ita ex superioribus causis rescindi testamentum, ut præter institutionem cætera firma maneant. auth. ex causa. C de lib. præt.

u §. 4. Inst. hoc tit. l. 6. §. 5 7. & deinc. ff. de injust. l. 11. § ult. sec. tab. §. 6. Inst. hoc tit.

x d. l. 6. §. pen. §. ult. Inst. quib. non est per. fa. test. l. 12. ff. eod. tit. Cæterùm nec militis aut veterani de castrensi peculio factum testamentũ irritum fit aut adrogatione, §. 3. Inst. de mil. test. l. 22. & seq. ff. eod. aut emancipatione. d. l. 6. § ult. quia & ante emancipationem in castrensi peculio vice patrisfa. fungitur, nec adrogatio conditionem peculii mutat. l. 2. de sen. Mac. Ant. Matth. ad d. §. 4. Inst. hoc tit. Hodie emancipati nec capite minuuntur, ut alibi demonstratum est.

y d. l. 6. §. 7. cujus bona quasi damnati fisco vindicantur. l. 3. ff. de bon. eor. qui sib mort. consc.

testa-

testamenta capitis deminutione irrita facta sunt, eventu interdum convalescunt; idque vel manente adhuc capitis minutione, ut *z* militis ex delicto militari damnati; vel pristinâ conditione restitutâ, ut cæterorum, qui cum post factum testamentum capite minuti essent, postea pristinum statum receperunt: quo casu à scriptis heredibus bonorũ possessio secundum tabulas peti potest, à *a* legitimis quidem semper, ab extraneis non nisi voluntate recenti judicio, puta codicillis aut aliis literis *b* confirmatâ. Ab herede casus unus est, cum is deficit. modus non est proprius hujus loci, in quo id solùm quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hereditatem.

z Si prius, quod irritum factum erat, valere voluit. Huic enim & jure militari testari permittitur. d. l. 6. §. 6.

a l. 12. in fin. pr. de injust. tametsi juris civilis scrupulositate testamentum non valeat.

b l. pen. §. ult. sec. tab. atque ita potius temperandus § 6. Inst h. tit. quam cum Bart. distinguendum inter cap. minutionem voluntariã & necessariam: quasi in illa confirmatione esset opus, in hac nequaquam, quod refellitur d. l. 6. §. 6. Atqui testamentum nudâ voluntate consistere non potest. Huic objectioni eleganter occurrit Papin. in d. l. pen. §. ult. Ejus, qui à principe restitutus est testamentum ipso jure convalescit. arg d. l. 6. §. 12. l. 1. C. de sent. pass. ideoq́; non est necessaria scripto heredi bon. possessio.

CAP. XXXVIII.

De heredibus instituendis.

POtestate deferendæ hereditatis constitutâ, offert sese pars altera, voluntas nimirum, ut quis heredem, quem esse velit, instituat, id est, ad hereditatem sive universi juris successionem vocet. In hac igitur parte institutio versatur heredis, quæ justa ut sit, dupliciter consideranda, in instituendi jure & potestate, deinde in voluntate instituendi. Potestas instituendi spectanda tum in verbis; tum in re institutionis. Verbis *c* quibusvis heredem institui posse receptem est. In re institutionis quatuor sunt expendenda; persona heredis; modus instituendi; numerus heredum; item plurium heredum partes. De persona heredis hoc jus præcipit, omnes institui posse, cum quibus est testamenti *d* factio. Quo in numero sunt non tantùm qui testamenti faciendi jus habent, sed omnes omninò,

c l. 15. C. de testam. Gloss. & Bart ad l. 48. ff. hoc tit.

d l. 49. §. 1. ff. eod. §. in extraneis. Inst. de her. qual. sicut & legari illis solùm potest §. legari. Inst. de legat.

omninò, qui ex testamento alieno aut sibi aut *e* alii acquirere possunt. Cum autem soli cives Ro. testamenti factionem ex sua persona habeant, relinquitur, nec servos ut servos, nec *f* peregrinos & ἀπόλιδας heredes institui posse. Cæterum servi, quamvis conditione personæ testamenti factionem non habeant, tamen si per eos hereditas ad *g* cives Ro. perventura est, rectè instituuntur. Sed nec omnes cives sine exceptione institui possunt. Primùm qui incestis nuptiis sese polluerunt *h*, frustrà & se mutuò & propudiosam sobolem instituunt. Secundò liberis legitimis superstitibus naturales ex patris testamento unicam tantùm unciam, parentibus solis superstitibus octo tantum uncias *i* capere possunt. Postremò si mulier adulterum suum, aut hîc illam heredem instituerit, hereditas institutis ut indignis aufertur & fisco *k* vindicatur.

Cæterùm quæ dicta sunt de his, qui omninò institui non possunt, ita demum locum habent, si purè instituantur: sub conditione verò, cum capere poterunt, institui posse benigne *l* receptum est. Peregrinis autem purè institutis, hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent. Quid autē si rectè ab initio institutus, deinde factus peregrinus, posteà in civitatem restituatur? Et in extraneis heredibus observatur,

e Et ideo furiosus & mutus & posthumus & infans rectè heredes instituuntur. d. §. in extraneis: modo sint cives. arg. d. §. legati juncti l. 3. ad leg. falc.

f l. 1. C. eod. Peregrini autem, quicunque non sunt cives Rq. l. 6. §. 2. ff. eod. hodie pro civibus cujusque gentis habentur, qui in ea gente sunt liberi & imperio subjecti.

g Proprii ignon nisi cū libertate: ideoq; etsi simpliciter instituti sint, hoc ipso tamen liberi erant. in pr. Inst. eod. l. pen. C. de nec. serv. her. inst. Servi alieni ex persona domini instituti sustinetur, eoq; jussu domini hereditatē adeunte, perinde habetur, ac si ipse dominus institutus fuisset l 31. ff. eod. l. 11. §. 1. ff. de acq. rer. dom. § 3. Inst. per quas pers. Sic capti ab hostibus rectè instituuntur, propter jus postliminii. l. 32. §. 1. eod. Item servus hereditarius, qui tantisper personam à defuncto per interpositam hereditatem mutuatur §. 2. Inst eod. adhib. Hot. ad d. §. 2 & praeced. h *l. 6. C. de incest. nupt.* i *No. 89. c. 12. Olim naturales non minus, quam cæteros cives, non ab extraneis tantùm, sed etiam à patre, idq; in solidum heredes institui potuisse certum est. l. 45. de vulg. l 16. §. 1. de his quæ ut indig. l. ult. de jur. delib. Primus Constantin. vetuit eos ex patrum testatorū hereditate quicquā consequi l. 1. C. Theod. de nat. lib. Quæ Constantini contra filios naturales asperitas deinde à Valent. & Valentin. mox ab Arcad. & Hon mitigata est d. l 1. l. 2. C. de nat. lib. & novissimè à Just. d. No. 89. ab extraneis igitur etiam nunc institui poterūt. Quamvi a. lege veteri nihil de successione eorum cautum fuerit (qui sensus est Inst. d. Nov. in pr) vocabantur tamē ad successionē intestatæ matris possessione unde cognati. l. 2. & 4. und. cogn. & ex SC Orfic. ad hereditatem § 3 Inst de SC. Orf. vid omn. Palæot. de noth. spur. fil. c. 15. & seq. Diss cum Alc. c. 4. par. 5. Ant Fab. 1. jurisp. tit. 9. pr, 2. ill. 1.* k *l. 13. & 14. ff. de his quæ ut indig.* l *l. 62 ff hoc tit. nec obstat reg. Catoniana, quippe quæ ad conditionales institutiones nō pertinet. l. 1. & pen. de reg Cat.*

ſervatur, ut ſit cum iis teſtamenti factio tribus † temporibus, teſtamenti facti, mortis teſtatoris, aditionis: media inter inſtitutionem mortemq́; & aditionē tempora mutationi juris non *m* nocent. In ſuis & neceſſariis heredibus duo tantùm tempora inſpiciuntur teſtamenti & mortis, cum aditio his non ſit *n* neceſſaria.

Non quovis modo inſtituere licet: quædam enim inſtitutioni adjecta improbantur. Eorum genera duo: unum eorum, quæ pro non adjectis habentur, ut his detractis ſalva maneat inſtitutio: alterum eorum, quæ & ſe & inſtitutionem totam vitiant. Prioris generis ſunt hæc tria; dies certus; conditio impoſſibilis; res certa. Primùm hereditas ex die aut ad certam diem non rectè datur, ſed vitio temporis ſublato manet *o* inſtitutio. Secundò favore ſupremæ voluntatis pro non ſcripta habetur *p* conditio impoſſibilis: cujuſmodi eſſe intelligitur non tantùm ea, cui natura impedimento eſt, quo minus exiſtat, ſed & quæ legibus & bonis moribus eſt *q* contraria. Poſtremò ſi ex re certa, puta ex fundo, ſolus quis fuerit inſtitutus, valet inſtitutio *r* detracta fundi mentione: ſi plures ſimiliter ex re certa, adjectio ad hereditatem inutilis valebit ad rerum *s* diviſionem. Sin ex duobus heredibus unus inſtitutus ſit ex re certa, alter ſimpliciter aut ex parte aliqua hereditatis, eum, qui ex re certa inſtitutus eſt *t*, legatarii loco haberi placuit. In poſteriore genere, quæ inſtitutionem vitiant, ſunt duo *u*; turpis demon-

† Teſtamenti facti, ut conſtet inſtitutio: mortis, ut exitū habeat: aditæ hereditatis, ut acquiri hereditas poſſit §.4. Inſt. de her. qual. l.49.§.1.ff. hoc tit. m dd. locis. res exemplo illuſtratur in l.6.§.2.eod. n Quia ſtat. in ipſo jure heredes exiſtunt. l.14. de ju. & leg. §.2. Inſt. de her. quæ ab int. o l.34. ff. §.9. Inſt. h. tit. ne pro tempore adjecto inteſtatus quis decedat. quod nemini licet §.5. Inſt eod. l.7 de R.I. niſi militi. qui proinde nec huic juris ſubtilitati ſervit. l.41. de teſt. mil. Id verò in conditione adjecta metuendum non eſt, cum ea retro trahatur. l.26. de cond. Inſt. l.54. de acq. proinde & ex die incerto heres inſtitui poterit exempl. in l.56. eod. nam & is conditionem facit l.75. de cond. & dem. Cæterùm contractibus non minùs dies certus, quam conditio adjicitur. §.1. Inſt. de V.O. ut & legatis l.1. de cond. & dem. quia dilationem adfert debitori aut heredi. p *§.10. Inſt. eod. l.1. de cond. Inſt. l.3. de cond. & dem. In contractibus contra. §.10. Inſt. de inut. ſtip. nimirum heredi imputari non debet, quod hujuſmodi conditioni non pareat. Qui a. contraxit, ſibi imputet, quod talem conditionem admiſerit l.31. de obl. & act.* q *l.14. & ſeq. ff. de cond. Inſt.* r *l.1.§.4. eod. nam earum rerum naturaliter inter ſe pugna eſt, ſucceſſio univerſi juris, cujuſmodi quid eſt hereditas l.62. de R.I. & acquiſitio rei ſingularis.* s *Pro modo ſc. earum rerum, quæ cuiq; relictæ ſunt. quod explicatur in l.35. ff. eod. add. l.48. eod. & Duar. ad h. tit. c.3.* t *Ita voluntas teſtatoris variatur circumſtantiis. l. pen. C. eod. Vulgo tamen receptum eſt. filium in re certa inſtitutum de inofficioſo agere non poſſe. Conſule Gomeſ. 1. var. reſ. 2. n.6. Covar. in c. Rainutius. ext. de teſtam. §.1. n.9. & 10.* u *l.9.§.8. eod. ut & legata vitiat. l.54. de leg. 1.*

ſtratio heredis, qualis eſt, quæ contumeliç causâ addi. ſolet, item conditio interdum. Conditionem alias perſona heredis non recipit; alias in univerſum leges *x* repudiant. Unus filiusfa. ſuus heres vetatur ſub alia conditione inſtitui, quam quæ in ejus ſit † poteſtate. Quæ in univerſum legibus improbatæ inſtitutionem viciant, duæ ſunt conditiones; in alienam voluntatẽ *x* apertè collata, item *y* captatoria. Quod ad priorem attinet, Satis conſtanter *z* veteres decreverunt, teſtamentorum jura ipſa per ſe firma eſſe oportere, non ex alieno pendêre arbitrio. Sed ita inquam officit hæc conditio, ſi nominatim expreſſa ſit: omiſſa, quamvis tacitè intelligatur, non *a* obeſt. Captatoria inſtitutio dicitur, cum teſtator hereditatem ſuam tanquam in hamo defert, ut *b* alienam allectet atque invitet, hoc * modo; Qua ex parte Titius me inſtituet, ex eadẽ mihi heres eſto. Captatoriam inſtitutionẽ *c* tria faciunt: conditio ad ſecretum alienæ voluntatis collata; conditio de herditate alterius obtinenda; eaque in futurum concepta. Quæ autem inſtitutiones in *d* præteritum conferuntur, captatoriæ non ſunt: ut pote quæ mutuis affectionibus judicia *e* provocaſſe videantur.

De duobus reliquis, in poteſtate inſtituendi conſiderandis, jus expeditum *f* eſt. Poteſt enim quiſq; vel unum vel plures heredes inſtituere, aut plures etiam gradus heredum facere, omnes aut ex æquis aut inæqualibus partibus heredes eſſe jubere. Partes hæ uſq; ad aſſem ſive uncias 12 creſcunt: & ſi plures aut pauciores partes factæ ſunt, in 12 ſemper poteſtate juris hereditas revolvitur. Quot & quibus ex partibus heredes inſtituti ſint, voluntatis eſt quæſtio, non poteſtatis: ideoque ad locum ſequentem pertinet.

† l. 4. ff. eod. l. ult. de cond. inſt. l. 4. C. de Inſt. & ſubſt.
x Ut Titius heres eſto, ſi Sempronius voluerit l. 32. l. 68. ff. eod.
y l. 70. & ſeq. ff. eod. l. 64. de leg. 1.
z d. l. 32. quod & pari ratione in legatis placuit. l. 52. de cond. & dem.
a Exempl. in l. 65. ff. eod. Inde dictum; Expreſſa nocent: non expreſſa non nocent. d. l. 52. de cond. & dem. Inter quæ quantum ve ipſâ interſit, dicam quantum ſatis eſt, c. 54.
b Uberiorem foete, proinde non tam ſuam promat, quam corripiat alienam. ut de viſcatis hamatiſq; muneribus ſcribit Plin. in epiſt.
** Aut ſic, Si Titius Seium heredem inſtituet, ille vel Gajus heres eſto: nihil n. intereſt, cujus captetur hereditas l. 71. eod. vid. Cujac. 16. obſ. 11.*
c Ut loci ſuperiores manifeſte oſtendunt. Falluntur a. qui putant captatoriam inſtitutionem eandem eſſe cum illa, quæ confertur in alienam voluntatem. qui vetus error eſt.
d Ut Titius heres eſto, qua ex parte me heredem inſtituit. d. l. 71.
e d. l. 70. eod. talis n. inſtitutio non repoſcit gratiam, ſed refert.
f Inſpiciantur hi loci §. 4. 5. & 6. Inſt. l. 13. §. 2. ff. eod. princ. Inſt. & l. 1. ff. de vulg. addatur & Budæus de aſſe.

CAP. XXXIX.

Quis institutus heres intelligatur.

DEinceps igitur videamus, qui heredes voluntate defuncti instituti deprehendantur. Constat omnis institutio duabus rebus; verbis voluntatẽ testatoris declarantibus; sententiâ item & mente testatoris verbis congruente: utrumque in omni parte institutionis adeò necessarium, ut nec verba unquam sine voluntate valeant, nec voluntas, nisi *g* testata, rata habeatur. Partes in omni institutione tres sunt, persona instituti; ejus institutio; partes inter plures institutos distribuendæ. De persona hoc tenebimus, eam verbis designari oportere, heredem institutum; nisi certus (nomine *h* aut indubitabili signo) demonstretur, neminem intelligi. Sed & si certus scriptus sit aut nuncupatus, non aliter tamen heres erit, quam si testator voluerit. Propone testatorem in corpore instituti aut conjunctione sanguinis errasse, placet neq; eum heredẽ esse, quia scriptus est, qui voluntate deficitur, neque eum, quẽ voluit, quia *i* scriptus non est. Enimverò falsa circumstantiarũ demonstratio institutioni non *k* nocet.

Institutio quoque, sive ad hereditatẽ vocatio *l* verbis exprimi debet: quibus autem verbis exprimatur nihil refert: modò sciamus, nec hîc quidquã *m* nuncupatum videri, quod contra voluntatẽ scriptum est. De partibus quæstio duplex; quomodò rectè ex voluntate re-

g l.9.in pr.ff. de l.er.Inst & sic temperandum est, quod traditur in l.35.§. verum 3.ff.eod.

h d.l.9.§.8. & seq. eod. tralatitium autem est demonstrationem vice nominis fungi.l.6.de reb. cred.l.34.de cond.& dem. add.l.58.hoc tit. semper tamen turpem & contumeliosam excipimus d.l.9. §.8.

i d.l.9.in pr. l.5.C.de testam.l.4.C. de her. Inst. quo loco quod dicitur instituto auferendam esse successionem, sic accipiendum est, non ut fisco vindicetur, sed ut ad eos perveniat, qui alioqui heredes futuri essent.l.7.C.d.tit.

k l.17. & 33.de cond.& dem.velut si quis erret in patre, aut patria, aut simili assumptione l.48.in fin.h.tit.dum ne error aliquis voluntatem impediat, qualis est sanguinis, ut dictum est. Mantic.de conj.ult. vol. lib.4. tit.7. Cæterùm falsa demonstratio, quæ non ex errore proficiscitur, nunquam nocet.exemplum in l.58.in fin.eod.

l Licet verborum solennium necessitas sublata sit l.15.C.de testam.add.l.1.§.5.& seqq.l.41.in pr.ff.hîc. Quâ formulâ nostri Notarii in heredum institutionibus vulgò utantur, satis notum est.

m d.l.9.in pr.voluntas n. totum facit.d.l.15.§.3.l.12.de leg.1.Igitur si testator conditionem addidit, dum nollet, detrahetur conditio: & si non addidit destinans inserere, eum, qui scriptus est, Marcellus pro instituto non habet.d.l.9.§.5.nec adversatur l.pen.in pr. C.de Inst.nam illis verbis, Secundum conditiones, quas infrà scripsero, non continuò probatur certum propositum de conditione adjicienda, sed tantùm consilium quoddam deliberantis indicant, quod eo ipso, quod conditionem non adjecit, mutasse credendus est.arg.l.2.ff.hoc tit.

linquan-

linquantur; quæ quibus adſcriptis aut non adſcriptis relictæ intelligantur. Quomodo relictæ intelligantur ex eadem ſcripti & voluntatis regula æſtimandum: ita tamen, ut neceſſe non ſit partes ſemper verbis exprimi, ſed ſatis ſit aliquando verbis eas ſignificari, ut cum plures ſine partium definitione inſtituuntur: quos ſatis conſtat ex *n* æquis partibus omnes vocari. Quod ſi nolit teſtator ex æquis partibus heredes ſuccedere *o*, neceſſaria eſt partium expreſſio: proinde hîc ſi nihil ſcriptum erit, pro omiſſo; quod cogitatum eſt, habebitur: ſi minus ſcriptum, plus nuncupatum, tota ea portio, quæ nuncupata eſt, delata intelligitur: ſi plus ſcriptum minùs dictum, ea tantùm pars, quæ dicta eſt *p*.

Altera quæſtio paulò obſcurior ex varietate oritur ſcripturæ. Nam aut omnes partibus non definitis, aut contrà definitis, aut quidam definitis partibus, alii indefinitè ſcribuntur. In hac incertitudine hæc voluntatis eſt explicatio. Si nullę partes adſcriptæ ſunt, omnes ex æquis partibus heredes erunt: adhibito tamen hoc temperamento, ut ſi ex altera parte plures conjunctim aut collectivo nomine ſint inſtituti; hi omnes non niſi unam *q* perſonã referre intelligantur. Si partibus omnium definitis minus aſſe diſtributum reperiatur, reſiduæ partes ſingulis pro rata accreſcunt; ſi plus, æquè ſingulis pro *r* rato decreſcet. Partibus autem in quarundam perſona expreſſis, ſi alii indefinitè ſcripti erunt, hìc ſi quid aſſi deeſt, in id indefinitè ſcripti *s* æqualiter vocantur: ſi nihil deeſt *t*, ſemiſſem definitè ſcriptis detractum ſibi divident: ſi ſuperatus eſt as, quod dupondio deeſt, habebunt *u*.

n §.6. Inſt. eod. l.9.§. heredes 12. ff. eod. Quid ſi illi, qui ab inteſtato in ſtirpes aut portionibus inæqualibus ſucceſſuri fuiſſent, inſtituti ſint ſine definitione partium? Adhuc idem dicendũ, nempe quia & hi pariter atq; ex æquo vocantur. Videant provectiores Mantic. de conj. ult. vol. lib. 4. tit. 11. n. 11. ubi r ſert Dec. ita ex facto reſpondiſſe.
o d. §.6. Inſt. d. l. 9. §. 12. ff. eod.
p Quæ omnia indicant hi loci. l.2.§.1. d.l.9.§.2. & 3. eod.
q l.13. in pr. l. 59. §. 2. eod. ut non amplius capiant, quam unus ex disjunctis. idq; generaliter placuit in quavis diſtributione rei teſtamento relictæ l. 34. de leg. 2. l. unic. C. de cad. toll. §. his ita. 10. enimverò ſi conjunctioni adjiciatur particula æquè aut æquis partibus, viriles omnes habebunt. d. l. 13.
r Utrumq; hoc eſt in §. 7. Inſt. & in d. l. 13. §. 2. 3. 4. ff. eod. Nihil a. magis voluntati defuncti convenit, quam eandem rationem in hac accretione & vice verſâ retinere, quam habent inter ſe partes teſtamento definitæ.
s Puta duobus ex quadrantibus inſtitutis Tertius adjicitur indefinitè. hic tum quod aſſi deeſt, id eſt, ſemiſſem feret. l. 17. in pr. ff. §. 6. Inſt. eod.
t d. §. 6. d. l. 17. §. 3. eod. add. & §. 4 d. l.
u §. 8. Inſt. eod. Quid ſi ex pleto dupondio aliquis ſine parte inſtitutus ſit? nempe is trientem admittetur. ut diſertè traditum eſt in d. l. 17. §. ult. & eleganter defendit Ant. Fab. 5. conj. 20. cent. Hot.

CAP.

CAP. XL.

De substitutionibus.

HIc consistendum esset omninò, si in locum priorum heredum deficientium nullos alios testator substitueret: Nunc quia sæpè evenit, ut alios substituat, dum hoc agit, ut primo gradu deficiente, saltem ex secundo heredem testamentarium habeat, ideo neutiquam hęc pars omittenda. Duplex autem in hac parte occurrit quæstio; prima est de potestate substituendi. liceatnè semper prioribus heredibus remotis alios in eorum locum substituere: secunda de voluntate substituentis, quibus ex hac substitutione, quatenus & quando deferatur hereditas. De quibus omnibus pro diverso genere substitutionum variè habendum est. Substituere est in locum prioris heredis remoti alium heredem x statuere. Species y substitutionis z duæ; vulgaris; & non vulgaris: atque hæc iterùm in pupillarem, & mente capti divisa est.

Substitutio vulgaris est, cũ in hunc casum heredi instituto quis substituitur a, Si institutus heres non erit. Hæc † vulgò & promiscuè omnibus heredibus à quovis testatore fieri potest: non tantum ut possit secundo gradu & singulos singulis substituere, sed etiam gradu ulteriore, & plures pluribus, & uni plures, & pluribus unum, vel ipsos invicem inter se. Quibus autem ex hac substitutione deferatur hereditas, ita noverimus, si eam testamento insertam videamus. Nam aut

x *Atq; idcirco vocatur secundi heredis institutio. l. 43. §. 2. ff. de vulg. & pup. & substitutiõ secundo vel inferiore gradu institutio. l. 20. §. ult. de cond. Inst. de notatione verbi vid. Vigl. in rub. de vulg.*

y *Distribuitur vulgò substitutio in directã & fideicommissariã: quod equidem non improbo, cùm fideicom. hereditas non uno in loco substitutio dicatur. l. 41. §. 2. l. 46. ff. eod. l. 57. §. 1. ad Treb. verùm nos, quos ordinem distributionis cap. 31. propositę sequi oportet, hîc eos tantùm modos persequimur, quib. directò testam. defertur hereditas. de fideicom. hered. dictum c. 46.*

z *Neq; sunt plures jure communi recepta. arg. l. 1. §. 1. eod. sicut nec plures sunt casus, in quos substitutio fit, quam duo, unus, Si heres non erit, alter, Si heres erit. l. 4. ff. eod. l. 8. C. de imp. & al. Genera a. substitutionum à casuum differentiis distinguenda. Modi verò substituendi plures sunt quorum distinctio ex figura orationis pendet: sic compendiosa & reciproca, quam & breviloquam appellitant, non specie à superioribus differunt, sed conceptione tantùm. Inspiciant tamen studiosi, si qui volent, Schneid. ad tit. Inst. de pup. cap. 3. & 4.*

a *Conditio vulgaris substitutionis, quâ existente demum substitutioni locus l. 1. §. 1. ff. eod. Inst. in pr. eod.*

† *Vnde & nomen vulgaris. ita vulgari modo dos prælegari dicitur, cum usitata adjicitur clausula, annuâ, bimâ, & c. l. 4. de dot. præl. quæ sequuntur sunt in l. 36. ff. & d. pr. & §. 1. Inst. eod.*

verbis

verbis reperitur expressa; aut non expressa, intelligenda est. Exprimitur dupliciter, aut oratione plenâ, Si is heres non erit, ille heres esto; aut uno verbo, Titium Mævio substituo, vel inter plures heredes, Eos invicẽ substituo: quæ substitutio *b* reciproca veteribus dicta est. Intelligitur duobus hisce casibus; uno, si pater filio impuberi substituit in *c* secundum casum, Si heres erit, & impubes decesserit: altero, si coheredi substituto Tertius substituatur. Hîc tertius quasi utrique substitutus ad utriusque partem sine *d* distinctione *e* admittetur. Si plures sint instituti ex diversis partibus, omnesque invicem sine partibus substituti, credendum est ex iisdem *f* partibus substitutos, ex quibus instituti sunt: nisi *g* nominum expressio aliud suadeat. Defertur ex hac substitutione hereditas tunc, cum conditio substitutionis existit. Hoc contingit dupliciter; vel cum institutus heres esse non vult; vel cum heres esse non potest, jure aut naturâ † impeditus. Existente autem herede instituto expirat *h* substitutio *.

b *l.4.ff.eod. ea est, quæ à DD. breviloqua dicitur.*

c *Hoc est, quod vulgò dicitur, substitutioni pupillari inesse tacitã vulgarem. & vice versâ. Exemplum esse potest nobilissimum illud judicium Curianum, cujus meminit Cic. pro Cæc. & 1. de orat. vid. Cabot. 2. disput. 16. & 17.*

d *Ut nihil intersit ante substitutionem an postea substitutus sit, aut prior substitutus post institutum an ante decedat. l. 41. in pr. eod.*

e *Ex tacita videlicet substitutione. l. 27. eod. §. 3. Inst. de vulg. non jure accrescendi, quod quovis modo heredibus competit. l. un. C. de cad. Inter quæ quantum intersit, docet Vigl. ad 6. §.*

f *§. 2. Inst. l. 24. ff. eod. nec n. pluris fecisse testator vid. tur in substitutione, quam in institutione. unde & legata ab institutis relicta, à substitutis repetita esse intelliguntur. si non fuerit evidens diversa voluntas. l. 44. de leg. 1.*

g *Si non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressis substituantur, æquis portionibus succedunt l. 24. ad Trebel. l. 124. de leg. 1. cum in substituendo non ad partes datas, sed ad personas habita sit relatio. Vigl. d. §. 2. n. 2.*

† *Puta si vivo adhuc testatore aut ante aditam hereditatem decesserit, vel conditio, sub qua institutus erat, defecerit.*

h *l. 5. C. de impub. Existit heres institutus, suus ipso jure. §. 2. Inst. de her. quæ ab. int. neque enim cum Bart. putandum substitutionem vulgarem ex suo herede facere extraneum. vid. Gom. 1. res. 3. n. 15. Extraneus adeundo. §. ult. Inst. de her. qual. Quid si suus se abstineat, extraneus contra aditionem restituatur. convalescetne substitutio? Ita sentit Ant. Fab. 3. conj. 4. Duar. contra. c. 10. hîc. ego Fabro assentior. arg. l. 44. de re jud. l. 42. de acq. her.*

* *Hisce præceptis positis facile erit respondere ad varias quæstiones, quæ hoc loco moveri solent. Primo quæritur, filiof. repudiante, utrum pater an substitutus admittendus sit? consequens est superioribus substitutum exclusо patre admittendum. Arg. est in l. 3. C. de her. inst. quod pluribus confirmat Fab. Dec. 33. err. 7. Diss. tamen cum comm. Duar. d. loc. Secundò si hereditas instituto, ut indigno auferenda sit, fiscusne potior sit, an substitutus? consequens est, Fiscum esse potiorem. Duar. d. cap. Tertiò an is, in quem ex lege Theod. transmissa est hereditas nondum adita, præferatur substituto? & hoc quoque consequens est, ac tantùm non disertè expressum in l. un. §. 13. C. de caduc. toll. Quartò superiori consequens videtur, ut & is præferatur substituto, ad quem mortuo instituto intra tempus deliberationi præfinitum. l. 19. C. de jur. del. jus illud transmissum est. hoc & Duar. d. cap. cui assent. com. DD.*

Non

Non vulgaris ſubſtitutio fit in contrarium caſum, Si inſtitutus heres erit, & poſtea heres deſinet. Hæc, ut dictum eſt †, duplex; pupillaris; & mente capti. Pupillaris *i* eſt, quæ fit liberis impuberibus in poteſtate conſtitutis, ſub hac conditione, Si heredes extiterint & intra pubertatem deceſſerint. Eadem hîc, quæ in ſuperiori genere, ſpectanda; poteſtas ſubſtituendi; ſubſtituentis voluntas. In poteſtate duplex quæſtio; quid jus quibus concedat; inde quibus conditionibus. Principio permiſſum eſt parentibus *k* liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamentum facere, ſeu eum dare heredem, qui ſuccedat in omnia pupilli bona, etiam quæ *l* aliunde ei obvenerunt. Verum hoc non paſſim permiſſum, ſed certis conditionibus, quarum quædã ſpectantur in perſona liberorum, quædam in conditione propria hujus ſubſtitutionis; quædã in ſolemnibus externis. In perſona liberorum hæc, ut ſint impuberes, quos pater habeat in poteſtate, qui iidem poſt mortem ejus futuri ſint *m* ſui juris. Conditio ſubſtitutionis propria, ſiquidem liberi inſtituantur, hæc eſt, Si heredes extiterint, & impuberes deceſſerint: ſin * exheredentur, poſterior tantum conditionis *n* pars exprimatur. Maſculis igitur uſque ad annum 14. Fœminis uſque ad 12. ſubſtitui poteſt: & ſi hoc tempus exceſſerint *o*, evaneſcit ſubſtitutio. Quid ergò ſi pater verbis ſubſtitutionis annos pubertatis exceſſerit? non eò minùs *p* utilis erit ſubſtitutio,

† *Neutra tamen apud nos uſum habet; ſed utimur ſubſtitutione fideicommiſſariâ. certè hæc noſtrorũ. comm. eſt opinio, in qua & D. Praeſ. Banchem fuiſſe dicitur.*

i Sic dicta, quia ſolis pupillis fit: nẽpe ſi mortem teſtatoris ſpectamus. vid. VVeſemb. ad rubr. add. l. 1. §. 1. l. 2. ff. & pr. Inſt. eod.

k Sine diſcrimine. d. l. 2. in pr. ff. eod. §. 4. & pen. Inſt. de pup.

l Ex hereditat. legatis ſrè propinquorũ. d. §. 4. l. 10. §. 5. ff. eod.

m d. l. 2. d. pr. & §. 8. Inſt. d. tit. nempe hoc jus ſubſtituendi ſolius patriæ poteſtatis eſt: eaq; duobus temporibus ſpectanda, ſubſtitutionis & mortis. l. 41. §. 2. ff. eod. arg. §. 4. Inſt. de her. qual.

** Nam & ſubſtitutio exheredato facta jure valet, & emolumenta pupilli adventitia complectitur. d. §. 4. l. 1. §. 2. ff. eod.*

n Quippe prior illa, ſi heres erit, in exheredato uſum habere non poteſt. Formula ſit hæc, Titius heres eſto, filius exheres, Si filius moriatur ante &c. Sempronius ei heres eſto.

o §. pen. Inſt. eod. directa ſc. ſeu verbis civilibus facta. l. 7. ff. eod. Cæterùm etiam puberi filio, aut, cuivis extraneo per fideicommiſſum ſubſtitui poteſt §. fin. Inſt. eod.

p l. 14. eod. ne utilis ſubſtitutio per inutilem adjectionem vitietur. l. 1. §. pen. de V. O. belliſſimè a. quæritur, an hujuſmodi ſubſtitutio poſt pubertatem valeat ſaltem jure fideicommiſſi? & valere vulgò placet. Arg. l. 76. ad Treb. l. 17. eod. l. 64. de leg. 2. maximè ſi adjecta ſit clauſula codicillaris, quæ hodie in teſtamentis ferè adjicitur. Mant. de conj. 5. tit. 2. n. 11. Contra plerìq; ex Neotericis valere negant. arg. l. 7. l. 14. ff. §. pen. Inſt. eod. l. 5. c. de fideic. Vigl. ad d. §. pen. Fab. conj. 15. cap. 14. Bronch. 3. aſſ. 33. Cujac. 11. ob. 35.

ſed pubertate nihilominùs finietur. Solenne hujus ſubſtitutionis unum, ut priùs ſtatuatur teſtamentum patris, cujus viribus nitantur *q* tabulæ pupillares. Hinc tria in facto patris deſiderantur; ut teſtamentum pater ſibi faciat; ut heredem in eo *r* prius ſibi inſtituat; ut teſtamentum illud exitum habeat, herede aliquo inde † exiſtente. Alioqui ſi patris teſtamentum aut ab initio non valeat, aut poſtea irritum fiat, nec filii quidem *s* valebit. Interdum tamen etiam poſt repudiationem inſtituti admittitur ſubſtitutus, vel quia inſtitutus ætatis beneficio adeundæ hereditatis cauſa *t* reſtitutus ſit, vel quod ex cauſa fideicommiſſi compulſus adire. Idem eſt, ſi omiſsâ causâ principalis teſtamenti ab inteſtato poſſideat, aut denique contra tabulas bonorum poſſeſſionem petierit.

Altera inſpectio circa voluntatẽ eſt, ubi facta ſit hæc ſubſtitutio, & cui quando ex ea deferatur hereditas. Et hæc ſubſtitutio itidem, ut vulgaris, alias verbis exprimitur, expreſſâ videlicet cõditione propria hujus ſubſtitutionis; alias verbis non expreſſa intelligitur: quod fit, cũ pater filio impuberi ſubſtituit in *u* primũ caſum, Si heres non erit. Quod tamen ita coërcendum, niſi voluntas palàm refragetur. Quid enim ſi in ſecundum caſum alium ſubſtituit, aut in conditione vulgaris ſubſtitutionis *x* alium comprehendit, in cujus perſona locũ nõ habet pupillaris. Defertur ex hac cauſa hereditas *y* ſubſtitutis: qui certi ſunt, ſi nominatim ſubſtituti; ſin generaliter, Quiſquis mihi heres erit, his verbis illi

q In pupillari ſubſtitutione duo quodammodo ſunt teſtamenta, unum principale patris, alterũ pupilli, pars & ſequela paterni. §. 2. & 5. Inſt. l. 2. §. 4. ff. eod. l. pen. ff. teſt. quemad. ap. unde hujuſmodi teſtamenta duplicia vocantur. l. 79. ad Falc. Idq; verum eſt, ſi materiam ſpectamus & finem: cæterùm ſi efficientẽ & formam, unum tantùm: quod quã vim habeat, intelligi poterit ex his locis l. 20. ff. h. tit. l. 11. §. 5. l. 79. ad Falc. l. 8. §. 5. de inoff. l. 16. §. 1. ff. h. tit. add. Mynſ. ad d. §. 2.

r Nec convertat ordinem ſcripturæ. d. l. 2. §. 4. nempe ſi ex intervallo ſibi & filio teſtetur. quod ei licet. d. l. 16. §. 1. fin. eodem tempore eodemq; contextu ſibi & filio magis eſt, ut ordo ſucceſsionis ſpectetur. ita cum Duar. cap. 14. Vlpianum intelligo in d. l. 2. §. 4. 5. 6. *† Exiſtit extraneus adeundo, ſuus ipſe jure, ut ante dictum eſt. Hinc vulgo traditur, Exiſtentiam ſui heredis confirmare tabulas pupillares quod & Duar. probat. d. c. 14. add. l. 30. §. 10. de fid. lib. & omnino l. 28. de reb. aut. jud. poſſ.* *s d. l. 2. §. 1. d. §. 5. idq; conſequens eſt regula juris 129.* *t Eſt hoc, ut & ea, quæ ſequuntur. in d. l. 2. §. 1. 2. 3. eod.* *u Vulgari caſu expreſſe continetur pupillaris. l. 4. ff. eod. l. 4. C. de impub.* *x d. l. 4. §. 2. l. 45. ff. eod. ſpecies facti eſt in d. l. 4. C. de imp.* *y Excluſis legitimis, etiam matre. d. l. 45. eod. l. 8. §. 5. de inoff. quod & in tacita verum puto. excepto caſu. l. ult. C. de inſt. Don. ad l. 8. C. de impub. in tantum, ut etiam à legitima excludatur. d. l. 8. §. 5. de inoff. C. 1. in fin. de teſtam. in 6. Gom. 1. reſ. 4.*

tantùm

tantùm ad substitutionem vocantur, qui & scripti sunt heredes & *a* extiterunt. Defertur tunc, cùm filius patri superstes intra pubertatis annos mortuus est: nec aditio desideratur, cùm ipso † jure heres fiat. Quid si abstineat hereditate? Sufficit semel heredem extitisse.

Pupillari substitutioni finitima est substitutio *b* mẽte capti. Permittitur igitur *c* parentibus liberis suis mente captis hac conditionẽ substituere, si in eadem mentis abalienatione decesserint. Permittitur autem & hoc certis conditionibus, quarum quædam communes cum pupillari, quædam hujus substitutionis propriæ. Cõmunes hæ *d* tres; ut sint parentes, qui substituant; ut ne mente capti post mortem parentum in alterius potestatẽ recidant; ut parentes sibi prius testamentũ faciant. Propria, quibus à pupillari distat, partim sunt personarum, quibus substituitur; partim conditionum quarundã substitutionis. Pupillaris fit liberis impuberibus etiam sanæ mentis, hæc mente *e* captis etiam * puberibus. In conditionibus quadruplex est dissimilitudo. Prima est in potestate parentum: liberis impuberibus non aliter substituere parentes possunt, quam si eos in potestate habeant: mente captis *f* omnimodò. Secunda est in institutione liberorum. impuberibus substituere licet etiam exheredatis: mente captis non nisi heredibus *g* institutis & legitimâ portione eis relictâ. Tertia est in conditione hujus substitutionis propria. Pupillari convenit hæc, Si filius impubes decesserit, huic, si mente captus decesserit. Ut igitur illa pubertate, ita hæc finietur *h* resipiscentiâ.

a §. 7. Inst. de pup. non igitur pater aut dominus, qui per filium aut servũ heredes extitere, sieque heredis heres: quia nõ ex judicio venien. l. 8. §. 1. ff. eod.
† Vt jam al. quoties dictu est. eum a. qui semel heres extitit, etiam post abstentionem pro herede haberi, est in l. 7. §. 10. in fin. de minor. l. 30. §. 10. de fid. lib.

b Ea est, quã exemplarem vocant: propterea quod ad exemplum pupillaris introducta est.

c §. 1. Inst. eod. l. 9. C. eod. Antea non nisi ex rescripto principis hæc substitutio valebat.

d Quarum prima d. constitutione expressa est: cæteræ ex verbis satis intelliguntur.

e Igitur & furiosis. An & prodigis? etiam hoc consequens. arg. l. 12. fin. de tut. dat. cui accedit & assensio comm. Gom. res. 1. 6.

* Nisi ipsi, cum sana mentis essent, testamentum fecerint arg. §. 1. Inst. quib. non est per. fac. test.

f Nam & mater potest. d. l. 9. C. eod. ergo & pater filio emancipato. Introducta n. hæc substitutio ex humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos non ex ratione aliqua juris civilis. d. l. 9. in pr.

g d. l. 9. alioqui quæ hic esse poterit humanitatis ratio.

h §. l. 9. & §. 1. Inst. eod. Quid si in eandem mentis alienationem reciderit? si vivo adhuc patre, magis est, ut duret substitutio. arg. l. 6. §. 2. de her. Inst. §. 4. Inst. de her. qual. nisi fortè per id tempus, quo sana mentis fuit, ipse testamentum fecerit. d. §. 1. Inst. quib. non est perm. Quod si tempore mortis testatoris sana mentis fuerit, evanescit substitutio, arg. l. 41. §. 2. eod.

Postrema est in conditione substituti. Impuberi licet quosvis substituere, mente capto non quosvis licet: nam si liberos habet, vel unus ex his vel omnes substituendi sunt: si fratres tantum, & hi vel omnes vel quot ipsi parentes velint *i*, substituendi. Sin minùs, licebit quosvis alios substituere. In voluntate eadem omninò servantur, quæ suprà diximus in pupillari.

i Ut disertè verbis constitutionis comprehensum est.

CAP. XLI.

De militari testamento.

ATque hæc ratio est deferendæ hereditatis jure communi, certis legibus, ut vidimus, adstricta. Est & alia deferendæ hereditatis potestas, libera ferè & legibus istis soluta; sed solis militibus, cum propter functionem periculorum, tum propter *k* simplicitatē militaris disciplinæ, tributa. Unde alterum testamenti genus, militare: de quo hęc juris summa est; Uti quisq; miles in expeditionibus occupatus de bonis suis testatus fuerit, ita ejus voluntatem ratam esse & pro jure *l* servari. In hac definitione quatuor sunt ordine consideranda; quale sit hoc beneficium; quibus; quando; de quibus bonis tribuatur. Principiò hoc beneficium tale est, ut qualiscunque militis voluntas suprema, si modò de ea aut scripto aut *m* testibus constet, rata habeatur. Apparet hoc ex remotione eorum omnium, quæ cauta sunt de hereditate deferenda jure communi. Nam cum tria in omni testamento spectanda sint, ut ex eo rectè deferatur hereditas; testamenti ordinatio; ea, quæ testamento continentur; ejus infirmandi ratio: in his partibus quæcunque *n* subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia constat militibus esse remissa. Nam sive ii neque legitimum

k l.1.ff.l.3.C. de test.mil.in pr. inst. eod. Arman.magis, quā jura milites sciunt. l.22.C.de jur. del. Gemina a. hujus privilegii causa est, non sola simplicitas, sed & periculorum functio. arg. l. ult. ff. & l. pen. C. eod. Ideo a. creditum est militaribus ingeniis subtilitatem deesse, quia militaris jurisdictio secura & obtusior, calliditatem fori non exerceat. Tacit. in vit. Agric.

l d.l.1. ff. & l.1.3.15.C.eod. *m Quod vel ipsorum militum maximè interest. § 1. Inst. l.24. l.40. ff. eod. duorum a. probatio sufficerit. arg. l.12. de test.* *n Ita in universum rectè definit Duar. c.4. ad hunc tit.*

nume-

numerum testium adhibuerint, neq; aliam ordinationis solennitatem observaverint, sive liberos suos, quos habere se sciebant, præterierint, sive heredem † ex die aut ad diem instituerint, aut eum instituerint, quicum testamenti factio non est, sive extraneis in secundum casum directò substituerint, aut solis liberis, non etiam sibi testamentum fecerint, rectè nihilominùs testantur, & voluntas eorum o custoditur. Lege falcidiâ ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus p licet. Jure communi nunquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet: invito eo multis modis infirmatur. E converso sola militis voluntas ad infirmandum q sufficit: invito autem eo nullo r casu infirmari potest; præterquam si maxima aut media s capitis deminutio intervenerit. Sciendum tamen est, hactenus hæc militibus esse concessa, dum nihil statuant contra jus aut t bonos mores. Secundò privilegium hoc tribuitur militibus, qui sub armata militia stipendia * merent, non item alteri illi militum generi, qui sine armis in u toga reip. operam navant. Tertiò non quovis tempore hæc testandi libertas militibus concessa, sed tum demum; cum x expeditionū laboribus occupantur. Quod autem in castris non jure communi fecerunt testamentum, id post y missionem intra annum, aut usque dum institutionis conditio extiterit, valebit. Postremò non solum de castrensibus, sed etiam de z reliquis bonis testari possunt, præter filiumf. qui de castrensi & quasi castrensi peculio † duntaxat; & militem ex militari delicto capitis damnatum, qui non nisi de castrensibus bonis testandi habet facultatem.

o *Vt ex his locis manifestū esse potest. Inst. in pr. l. 5. 13. §. 2 l. 15. §. 4. & 5. l. 41. ff. hoc. tit. l. 3. 8. 9. 10. C. eod. l. 15. ff. de her. Inst.*

† *Sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserunt. l. 6. ff. eod.*

p *l. 12. C. eod. neq; hoc correctum est Nov. 1. C. 1. ut rectè observavit Duar. ad h. tit. c. ult.*

q *Et si iterum valere voluerit, valebit ex suprema voluntate d. l. 15. §. 1.*

r *Nō agnatione l. 7. & 8. eod. quòd tamen temperabis ex l. 36. § 2. eod. & rursus ex l. 9. eod. non. adoptione aut adrogatione l. 22. & seq. eod. non alio testamēto postea facto, si modò & pridè valere voluit. l. 19. eod.*

s *l. 6. §. 6. ff. de injust. rupt.*

t *l. 5. l. 11. C. l. 41. §. 1. & seqq. ff. eod.*

* *Quibus & causa beneficii tribuendi solis convenit.*

u *Vt ex. c. professores, causarum patroni, judices posita sunt hæc genera in l. advocati. C. de adv. div. jud.*

x *d. pr. & §. 3. Inst. h. tit. l. 1. & pen. C. eod.*

y *d. §. 3. l. 38. ff. eod. intellige a. missionem honestam, aut causariam, non ignominiosam. l. 26. eod.*

z *Cum non bonis militaribus, sed militibus privilegium datum sit. d. l. 1. & 2. C. eod.*

† *De quo sup. c. 32. quod sequitur collige ex l. 6. §. 9. ff. de injust. junct. l. 11. hoc tit.*

CAP. XLII.

De acquirenda vel omittenda hereditate. De heredum qualitate & differentia.

HIs rebus ad voluntatem poteſtatemque deferendi compoſitis, incipit poſt mortem teſtatoris deferri teſtamento hereditas: niſi quæ fortè conditio inſtitutioni utiliter adjecta ſit, in cujus eventum ſuſpendatur delatio. Quomodo autem & quando conditiones quæque impleri intelligantur, dicetur in loco de legatis, à quibus in hoc argumento nihil differt conditionalis inſtitutio. Supereſt ad adquiſitionem ita delatæ hereditatis ſuſceptio, quæ ex duabus quibus acquiſitio hereditatis conſtat, altera pars eſt à ſuperiori minimè divellenda: quamvis eadem ſit ratio acquirendarum ab inteſtato hereditatium. Nam quod eò pertineat, hinc petere licebit.

Acquiſitio hereditatis (ſic enim hęc pars à veteribus appellatur) varia eſt pro conditione & qualitate heredum. Heredes aut *a* neceſſarii ſunt, aut voluntarii. Neceſſarios vocamus, qui ipſo jure & ignorantes & inviti heredes fiunt. Eorum *b* ſpecies duæ: aut enim ſunt neceſſarii abſolutè; aut ſui & neceſſarii. Abſolutè neceſſarii ſunt ſervi, qui utrumq; & hereditatem & libertatẽ ex teſtamẽto domini *c* conſequuntur. Unde *d* qui facultates ſuas ſuſpectas habebant, auctionis infamiam metuentes, hoc pacto eam in ſervos derivabant. Pro honore enim delatæ hereditatis conjuncto cũ beneficio manumiſſionis, ſubjiciuntur neceſſitati ſubeundæ hereditatis, æriq; alieno in ſolidum † obſtringuntur. Pro hoc tamen incommodo illud viciſſim eis commodum præſtatur, ut bona poſt mortem domini non ex cauſa

a Sic diſtinguuntur in l. 15. & ſeq. ff. de acq. her. qua diſtributio ex qualitate & conditione heredum ſupta eſt. jure apud nos recepto una creditur omnium heredum eſſe qualitas, & acquiſitio hereditatis unius generis; nempe non aliter acquiri, quã aditione non aut pro herede geſtione.

b Juſtin. in pr. Inſt. de her. qual. ſpecies neceſſariorum cum altero genere conjunxit: ſicut & IC. nonnunquam ſpecies unius generis cum altero oppoſito eadem diviſione complectuntur. ut in l. 4. ff. de juſt. & jur. l. 5. de pact.

c §. 1. & 3. Inſt. eod. junct. §. 1. Inſt. de her. inſt. l. 1. C. de nec. ſerv. her. adjici poſſunt. l. 71. §. 1. & 2. ff. hoc tit. l. 84. de her. Inſt.

d Servorum inſtituendorum conſuetudinis hæc origo eſt. §. 1. Inſt. qui & ex quib. c. §. 1. Inſt. hoc tit.

† Ac niſi ſatisfaciant licet creditoribus res hereditarias eorum nomine diſtrahere, ut fama defuncti conſulatur. dd. loc.

here-

hereditaria acquisita, impetratâ priùs separatione, sibi *e* habeant.

Suos heredes partim jus facit, partim voluntas testatoris. Jure ipso sui & necessarii heredes sunt liberi defuncti, qui † ad hereditatem vocati in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hereditatis primum in familia defuncti gradum *f* obtinent. Qui liberi ista conditione sunt, hi cum etiam vivo patre *g* quodammodo domini existimentur, eo mortuo non tam in paterna bona, quam in *h* sua succedere intelliguntur. unde & sui heredes, id est, αὐτοκληρονόμοι, appellantur. & quia sui, etiam necessarii, ut sive velint sive nolint ipso jure heredes existant: nisi pater hanc necessitatem *i* remiserit, sub conditione eos instituendo, quæ sit in ipsorum potestate. Voluntate testatoris sui & necessarii heredes sunt fratres, impuberi fratri suo in secundũ casum à patre substituti: nam quos testator sibi necessarios facere potest, eosdem & filio *k* potest.

Necessitatis hujus tria sunt effecta, ad acquisitionem hanc ab initio statuendam. Primùm ut quemadmodum sui heredes inviti existunt, sic multò magis *l* ignorantes: ideoque si quis ex suis heredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrẽ decessisse, nihilominus tamen hereditatem patris, ut pote jam quęsitam, transmittet ad heredes etiam extraneos. Secundò si ignorantes heredes existunt, sequitur, ut, & si *m* furiosi sint aut infantes, eodem modo heredes fiant. Postremò & hoc consequens est, ut sine facto ullo vel ipsorum heredum vel alterius, puta tutoris aut curatoris *n* auctoritate hereditas eis acquiratur.

e Vid. si bona hereditaria nõ attigerit. l. 1. in fin. de separ.

† Quid exheredati? & utiq; si omninò non sunt heredes, nec sui quidẽ dici possunt. l. 1. §. pen. ff. de su. & leg. an igitur jus sui heredis (justatẽ appellant) exheredatio e planè perimitur? placet distinctio. Gom. 1. var. 11. n. 9.

f Quę hac definitione breviter comprehensa sunt, indicantur in §. 2. Inst. eod. §. 1. & 7. Inst. de her. quæ ab in. l. 6. ff. de injust.

g Detractâ sc. administratione. l. 11. ff. de lib. & post. d § 2. & §. 2. Inst. de her. quæ ab int. unde & quæ sequuntur, petita sunt. adhibeatur latioris explicationis gratiâ Vigl. ad. d. §. 2. eod.

h Hinc fit, ut etiam inviti creditoribus paternis obstringantur, ut iis præteritis, testamentum ipso jure nullum sit. l. 1. de injust. nec obstat, quod licet eos exheredare, nam & quivis alius justa de causa bonis suis privari potest, aliam rationem reddit Paul. in d. l. 11. in fin.

i l. 68. in pr. & fin. de her. inst. l. 12. de cond. inst. quod ei licet. arg. l. 120. de V. S.

k Traditur hoc in l. 10. §. 1. de vulg.

l d. §. 2. Inst. de her. quæ ab int. Consectarium sequens est in l. 3. C. de jur. del.

m Quia quibus ex causis ignorantibus acquiritur. ex his & furiosis acquiri potest. d. §. 2. l. 24. de obl. & act.

n Quod & ipsum expressum est in d. § 2.

Longius progreditur juris civilis subtilitas, nempe ut cogantur, quamvis necessarii heredes, creditoribus hereditariis respondere; quæ vis est quæsitæ semel *o* hereditatis. Sed *p* acerbitatem juris civilis prætor mitigavit, datâ potestate abstinendi. Abstinere *q* in suis heredibus idem est, quod in extraneis † repudiare. Datur hæc *r* potestas ante immistionem omnibus suis heredibus, quos voluntas testatoris non fecit voluntarios: post immistionem soli impuberes eandem potestatem ipso jure habent: puberes verò minores 25 annis non nisi per restitutioné in integrum eam consequuntur. Contrà denegatur omnibus, per quos factū est, quo quid ex hereditate *s* amoveretur. Est autem immiscere in suis heredibus id, quod in extraneis pro herede *t* gerere. Abstentionis effectus hic, ut qui abstinuerunt, partim pro heredibus non habeantur, partim heredes maneant. Non habentur pro heredibus, quatenus id agitur, ut hereditatem *u* retineant: proinde nec oneribus hereditariis non sponte susceptis *x* subjiciuntur, actiones confusæ ipsis *y* restituuntur: vicissim commoda ex hereditate nulla *z* consequuntur, & sequentibus gradibus ad adeundam hereditatem *a* locum faciunt. Si id non agetur, ut hereditatem retineant, ad cæteras res etiam post abstentionem heredes manent. In quo tria hæc commoda cernuntur: ut bonorum administratio à suo herede *b* peracta rata maneat; ut testamentum & res ad testamentum pertinentes existentiâ sui heredis *c* confirmentur: postremò ut aliquando ad eandem hereditatem capessendam

o Quippe quæ nos obligat æri alieno, licet non sit solvendo l.8.hoc tit.

p Nimirum necessitatem onerum subeundorũ, quæ ex mera fictione juris civilis est, non ex vero. neq; n. filius vivo patre revera dominus est, alioqui duo ejusdem rei domini in solidum constituerentur contra l.5.§.fin. ff. comm. sed ita dicitur per prolepsin. ob certam spem futuræ successionis. arg. l. 7.de bon.

q Abstinemus à quæsitis, nondum quæsita repudiamus l.1.§. 7. de succ. edict.

† Nec n. sufficit non attingere bona, nisi simul declarent se ea retinere nolle. l.71.§.4.ff.h.tit. *r d.§.2.l.11.l.75.ff.eod.l.1.C.si min.her.se abst.* *s d.l.71.§.2. nam in delictis nec ætate quisquam excusatur, siquidem doli capax est.l.23. de furt.* *t l.87. eod. ut si rebus hereditariis utantur pro suis.* *u Idem n. consequuntur jure prætorio, quod emancipatus, qui repudiavit.l.20.§.pen.eod.* *x d.l.71.l.12.de vulg. §.2.Inst.h.tit.contra quam alioqui futurum esset.l.8.ff.eod.* *y d.l.71.§.ult. quemadmodum salva manent sub beneficio inventarii adeuntibus.l.ult.§.9.C.de jur.del.* *z Dictante id naturali & civili ratione.l.un.§.4.C.de cad.tol.l.10.de R.I.* *a l.42.hoc.tit. l.7.§.10.de min.repetantur, quæ sup ca.40. notavimus.* *b Modò bonâ fide.l.44 hoc tit.* *c l.30.§ 10.de fid.lib.l.28.de reb.auct.jud.dixi sup.eod.c.40.*

dam

dam rursus adspirare *d* liceat, nisi *e* bonis jam distractis, vel *f* triennio post abstentionem exacto.

Voluntarii heredes sunt omnes, qui in morientis non fuerunt potestate ad ejus hereditatem vocati: unde & *g* extranei dicti. His liberum est hereditatem sibi delatam vel adire vel repudiare. Hic verò cum periculosum sit & anceps hereditatem aut *h* adire statim, aut statim *i* repudiare, si creditores urgeant remedium inventum, quo heredibus cunctantibus consulatur. Id duplex; vetus, & novum: utrumque non extraneis tantùm de adeundo aut repudiando, verùm etiam *k* suis heredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus propositum. Vetus est *l* jus deliberandi à magistratu impetrandum: cui rei tempus certum legibus præstitutum, minimum, 100 dies; summum, si à principe, annus; si à judicibus, novem *m* menses. Hoc tempore & res hereditarias inspicere; & ex causa administrare & distrahere sine præjudicio *n* licebit. Effectus hic, ut hoc tempore exacto, silentium eos *o* heredes faciat: ex quo *p* duo sequuntur incommoda; unum, ut creditoribus in solidum teneantur, quamvis inventarium fecerint: Alterum, ut, si non fecerint inventarium, etiam beneficio *q* Falcidiæ priventur. Idē est in eo, qui apertè hereditatem adiit. Repudianti intra hoc tempus injunctum, ut inventarium faciat: alio-

d l. 8. ff. de jur. del. l. ult. C. de rep. her. Plus dico, Suū heredem, qui postquam abstinuit, bona attingit, hoc ipso rursum obstringi hereditati, nisi doceat, se non animo pro herede gerendi attigisse arg. l. 1. & 2. C. d. tit. non aliam haud dubiè ob causam, quā quod non omninò heres esse desiit.

e l. 24. §. 2. ff. de min. l. 8. de jur. del. d. l. ult. C. de rep. her.

f Cujus initiū variè cedit. insp̄iciatur. d. l. ult.

g Voluntarii (quales sunt nostri omnes) quia si velint, hereditatem suscipere possunt, si nolint, non coguntur. §. ult. Inst. h. tit. l. 16. C. de jur. del. extranei, quia sunt extra familiam. §. 3 Inst. eod. eoq; opponuntur suis. *h Ob periculum æris alieni, quod initio latere potest. l. 8. ff. eod.* *i Ne temere lucrosam repudiando amittamus.* *k l. 7. in pr. & l. seq. ff. l. ult. §. 2. C. de jur. del. si nemo urgeat, licebit quandocunque adire. l. 9. C. d. tit. adeo ut nec obstet longi temporis præscriptio. l. 8. C. eod. rectè tamen vulgò placuit, aditioni hereditatis præscribi 30 annis. Coras. 6. misc. 21.* *l Tit. ff. & C. de jur. del. §. 7. Inst. de her. qual.* *m l. 1. §. ult. l. 2. 3. 4. ff. l. 9. & ult. §. 13. C. de jur. del.* *n Si vid. hoc expediat. ut, si res sint, quæ tractu temporis deteriores fiunt. si nimis sumtuosæ, si ædificia sarcienda, familia alenda. &c. l. 5. 6. 7. §. 3. ff. d. tit. Filius quoque dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate. l. 9. eod.* *o l. ult. §. pen. C. d. tit. olim hereditas pro repudiata habebatur. l. 69. de acq. her.* *p Disertè comprehensa d. l. ult. §. pen.* *q An & Trebellianica? Sic puto eadem. n. est ratio utriusque. §. 5. Inst. de fid. her. vid. c. 50. infr. Sed an liberis ob omissum inventarium etiam legitima auferri poterit? & non posse vulgò respondetur. Viglius contra. ad §. 5. n. 6. Inst. de her. qual. & rectè. nam si heres, ubi hereditas solvendo non est, de suo cogitur sumere, unde legata persolvat: quanto magis debitâ portione privari poterit? Sed apud nos facilè impetratur restitutio.*

qui tenebitur res, quæ probabuntur in hereditate fuisse, restituere. Novum remedium est † inventarii sive repertorii solennis confectio. Ritus conficiendi hic, ut heres intra 90 dies, ex quo sibi delatam esse hereditatem sciet, si res in propinquo sint, intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hereditariarum per tabularios testibus non minùs tribus, item creditoribus legatariisque, si qui adsint, præsentibus conficiat, ipse suâ manu subscribat, aut à tabulario testibus præsentibus subscribendum r curet. quo ita legitimè confecto consequitur, ut ne ultra vires hereditarias teneatur, quartamque Falcidiæ retinere possit *.

† d.l.ult.C.de jur del.d §.5. Inst. eod. hoc beneficium apud nos à supremo senatu petitur. art. 53. inst. sup. cur. Mandato inter alia inscritur clausula, omme by den Hove te sien stellē een Curateur vande goederen vandē sterfhuyse. r Ac nisi heres iste super confectione inventarii motâ idoneam cautionem præstiterit, curator hereditati à Curia constituitur, cui & interpolatio injungitur prioris inventarii, art. 229. Inst. Cur. Holl. Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, nisi quis alius de cognatione defuncti (vande Maeghschap vande overledene) pure & simpliciter omisso beneficio hereditatem adire paratus sit. Quid a. si extraneus, aut quid si maritus aut uxor idem offerant? placet non esse audiendos. Chass. ad cons. Burg. tit. de success. in princ. rubr. 7. §. 13. n. 7. Peck. de test. conj. lib. 1. C. 15. & ita judicatum est   r Hæc ferè summa est constitutionis Iustin. quæ extat in d.l.ult.C.de jur. del. Plura ad inventarium pertinentia. sumi poterunt ex Schneid. ad d. §. 3. & Clar. §. testamentum. 4. 46.   * Nov. 1. c. 2. hoc insuper cautum, ut heres inventarium non conficiens solida legata præstet, & si vires patrimonii excedant.

CAP. XLIII.

Quibus conditionibus hereditas extraneis acquiratur aut amittatur.

NOn continuo tamen, ut extraneus aut repudiavit aut adire constituit, amissa hac voluntate aut acquisita hereditas intelligitur. sed sunt in utroque genere quædam conditiones; eæque numero tres. Prima est communis omnium heredum, ut s delata sit hereditas. Non delata frustra aditur, frustra item repudiatur. Hæc conditio tria continet; ut sit heredi-

s l. 21. §. 2. l. 27. & 94. ff. de acq her. & quidem purè, non sub conditione, qualis qualis illa sit. l. 13. eod. quæ res facit, ut nec substituto deferatur, quamdiu prior heres adire potest l. 3. eod. qui consequens est, ut nec repudiare interim possit. l. 18. eod.

tas,

tas, id est, ut *t* defunctus sit is, de cujus bonis agitur; ut deferatur iis modis, quibus eam deferri diximus, testamento, aut lege ab *u* intestato; ut semel delata perseveret. Desinit esse *x* delata, cum aut amissa est, aut acquisita. Amittitur repudiatione, morte heredis, aut tempore. De repudiatione postea. Morte heredis amittitur hereditas, cum is non aditâ hereditate decessit: quod eò maximè pertinet, ut intelligamus nec hereditatem ipsam, nec hereditatis adeundæ jus ad heredem *y* transmitti. Sed hîc justa moderatio tùm principum constitutionibus tum prudentum interpretatione adhibita est. *a* Primùm omnibus heredibus in universum tributum, ut decedentes intra annum, ex quo hereditatem sibi delatam cognoverint, deliberandi unaque adeundi jus ad heredes quosvis *z* transmittant: sic verò transmittant, ut quod ex eo reliquum est, tantum relinquatur ad deliberandum, non amplius. Sed & propriis quibusdam causis jus transmisșionis receptum, idque partim favore personæ quorundam heredum, partim causæ. Favore personarum in duobus generibus heredum. primum in liberis. Liberis omnibus hoc atributum est, ut parentum hereditatem sibi delatam nec aditam, quamvis juris sui ignari, ad liberos suos post mortem suam transmittant. Secundò idem placuit in persona infantis heredis, cui mortuo *b* pater sit heres. Favore causæ eadem transmissio recepta, si heres jure impeditus, quo minùs ad tempus adeat, decesserit: cujusmodi mora, tantum ut alteri consulatur, aditioni injicitur *c* S.C. Silaniano & Carboniano edicto. Idem receptum, si posthumo præterito scriptus sit is, qui una cum posthumo heres esse potuit ab intestato: nam si is non petitâ bonorum possessione decesserit, idem jus *d* heredi causâ cognitâ tribuendum. Tempore non

t Viventis n. nulla est hereditas. l. 1. ff. de her. vel act. vend. unde deducuntur consectaria in d l. 27. & 94. ff. de acq. her.

u Servatâ inter legitimos gradus prærogativâ. l. 70. eod.

x Arg. l. delata 151. de V. S. nam nec amissâ mutatâ voluntate adeundo acquiri, nec quæsita repudiando amitti potest. l. 4. C. de rep. her.

y l. un. §. 5. C. de cad. toll. l. 7. C. de jur. del. utpote quod personale est. arg. l. 12. & seq ff. sol matr.

z Quasi jam sumptum & suum factum. l. 19. C. de jur. del.

a Constitutione Theodosii. l. un. C. qui ant. ap. tab. her. transf.

b Cui permittitur hereditatem tanquam jam infanti quæsitam jure patrio capere. l. 18. C. de jur. del.

c l. 3. §. eleganter 30. & l. seq. de sen. Silan. l. 12. de Carb. edict.

d l. 4. §. ult. & l. seq. cont. tab. l. 84 de her. Inst. secus si cum posthumo extraneus scriptus sit. d. l. 3. §. ult. & l. seq. ff. de sen. Sil.

amittitur hereditas jure† civili, sed jure prætorio duntaxat, elapso eo tempore, quod petendæ bon. possessioni præstitutum est, de qua infr. cap. 66.

Secunda conditio heredum extraneorum propria est, videlicet, ut delatam sibi hereditatem esse *e* sciant: dubitantes & juris sui *f* ignari nec acquirere voluntate possunt, nec repudiare. Hinc si se heredes esse aliunde scire non possunt, de tabulis testamenti aperiendis cogitandum: non quod ante aperturam tabularum hereditatem adire heres prohibeatur, ut fuit *g* jus vetus: sed quia his non apertis de jure suo incertus sit. Cæterùm si aliunde certo *h* cognoverit se heredem esse, nihil prohibet, quo minùs etiam clausis tabulis hereditatem adeat.

Postremò exigitur, ut possit heres adeundo eum, cui quæsiturus est hereditatem *i*, obstringere æri alieno. ideoque si quis aut se aut alium facto suo obligare non potest, is neque sibi neque alii hereditatem acquirit. Hinc duo genera heredum, qui neque admittunt neque repudiant utiliter hereditatem. In priore genere sunt *k* pupillus & adolescens curatorem habens: illi sine auctoritate tutoris, hic sine curatoris assensu nec acquirere potest nec repudiare. In altero genere est servus & filiusfa. Hi nisi jussus domini aut patris præcedat hereditatem adeundo nihil *l* agunt. quod & in repudiatione eorum valere debet. Et hoc

† Nullum n. tempus aditioni præfinitum. l. 9. C. de jur. del. triginta tamen annis præscribi verius esse supra monuimus.

e §. ult. Inst. de her. qual. & diff. l. 6. C. de jur. del. ratio est, quia hereditas non nisi destinatione animi acquiritur. d. §. 6 junct. l. 76. de. R. l.

f Id certius fiet collectione earum rerum, quibus continetur, ut delata sit hereditas inspiciantur igitur hi loci l. 13. §. 1. l. 15. 16. 30. §. 1. & seqq. l. 32. tot. ff. de acq. her.

g l. un. §. 1. & 5. C. de cad. toll. vestigia juris veteris habes in l. 3. C. de jur. del. l. 3. §. ult. de sen. Sil. l. 3. §. ult. de her. Inst. In bon. a. possessione regula juris veteris non valuit. l. 1. §. 2. sec. tab. ratio differentiæ petatur ex §. 6. Inst. quib. mod. test. inf. *h Puta si aut ipse testationi interfuit, aut id à testibus accepit. sin minùs eadem adhuc manebit tabular. aperiendarum necessitas, locusque fiet edicto & tit. ff test. quem. ap.* *i Conditio sumpta ab effectu quæsitæ hereditatis. l. 8. ff. de acq. her.* *k De Pupillo res certa est. § 1. Inst. de auct. tut. l. 9. §. 3. ff. eod. l. 5. C. de rep. her. de minore curatorem habente dubitatum. pendet quæstio ex eo, an sine curatoris auctoritate obligetur, quod attingam lib. 2. cap. 10. Quid prodigus? & eum posse adire scriptum est in l. 5. §. 1. de acq her. quam tamen l. Bart. sic accipit, si aditio fiat adhibito consensu curatoris. cujus sententia etiam apud nos obtinuit.* *l l. 6. l. 25 §. jussum. d. tit. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom. ne facto suo patrem aut dominum, quib hereditas acquiritur, l. 79. eod. invitos obligent. quod juris ratio non patitur. l antep. ff. de neg. gest. bonorum a. possessionem etiam jussu non præcedente agnosci & ratam haberi placuit. l. 6. eod. l. 3. §. 7. ubi Gothofr. de bon. poss.*

jus

jus in hereditate filiofa. *m* contemplatione patris delata adhuc obtinet: mutatum in adventitia, cautumque ut hanc filius etiam *n* invito patre adire & adeundo sibi acquirere possit. Quid si quis filiumfa. se putet, cum sit sui juris; minorem, cum sit major 25 annis? Et cum hoc ad jus *o* heredis non pertineat, rectè placuit, talem errorem non obstare, quo minùs adeundo heredes fiant.

Hisce conditionibus concurrentibus, in ea causa est hereditas, ut utiliter acquiri aut repudiari possit. Sed de repudiatione prius dicamus, ut in id, quod præcipuum est propositæ disputationis, in acquisitionem videlicet desinamus. Repudiatio fit aut voluntate aperta, aut facto aliquo, unde ea voluntas colligatur. Voluntate apertâ repudiat, qui dicit se heredem esse nolle, aut scripto nutuvè id testatur. Facta eandem voluntatem indicantia duo nobis occurrunt. Unum est, si heres idemque legitimus de testamentaria hereditate nihil apertè statuens *p*, legitimam aut adiit aut repudiavit. alterum est, si præteriti aut exheredati ab institutis heredibus, cùm scirent eos heredes esse, emerunt aliquid, aut prædia conduxerunt, vel his solverunt, quod testatori *q* debebant. Effectus repudiationis est hereditatis, id est, spei hereditatis obtinendæ amissio *r*.

Acquiritur extraneis hereditas solo *s* animo & voluntate, idque duobus saltem iisque diversis *t* modis, aditione, & pro herede gestione: illud nudæ volun-

m Nam hac profectitia putatur. l. 5. de jur. dot. l. 10. §. 6. de vulg. profectitia a. etiã nunc patri quæruntur. §. 1. Inst. per qu. per. moribus nostris de alib.

n l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib. non est igitur necesse patrem prius admoneri, ut putat. Duar. c. 4. de acq. her. si postea consentiat, pater, usumfructum acquiret. d. l. §. 3.

o Nihil n. interest, heres pupillus sit, an pubes, filiusf. an sui juris: quia tam illis, quam his judicio defuncti defertur hereditas: nec dubitant: utrum delata sit, nec ne. l. 34. l. 96. de acq. her. cæterum si de conditione sua ita dubitent, ut non putent sibi delatam, aliud dicendum est. l. 15. & seq. eod.

p Intelligitur n. eodem momento testamentariam repudiasse. l. 17. §. 1. l. 77. eod. *q Quibus factis & judicium defuncti agnoscere, & jus suum pariter repudiare intelliguntur. l. 25. §. 1. de inoff.* *r l. 13. ff. de acq. her. l. 4. C. de rer. her. minor utique beneficio ætatis restitui potest. tit. C. si ut om. her. vel bon. pos.* *s d. §. ult. Inst. de her. qual. In addictione bon. lib. conf. causâ magistratus item auctoritas intervenire debet, uti & in bonorum possessione, de quo suo loco.* *t Quos ita distinctos videre est in d. §. ult. & in l. 25 §. 7. l. 69. ff. de acq. her. l. 19. C. de jur. del. eundem tamen effectum habent. Cretionis solennitas (de qua Duar. 2. disp. 4. Ravard. de auct. prud. c. 8.) sublata est. l. 17. C. d. tit. verbo tamen adhuc uti licebit, ut eo significetur aditio: sicut hereditatem agnoscere, amplecti, admittere, suscipere dicimus.*

tatis

tatis est, hoc etiam *u* facti & administrationis. Pro herede enim gerere dicitur is, qui aliquid facit *x*, quasi heres. Proinde qui in hereditate gessit id, quod citra nomen heredis facere non potuit, is omninò hereditatem *y* agnovisse existimatur. Sin id gessit, quod non nisi heres aut utiliter, aut jure suo, aut suo nomine gerere potuisset, totiens his factis hereditatem agnovisse videtur, quotiens nihil est, quod hanc conjecturam impediat. Impediunt autem hæc *z* quatuor; amotio rei hereditariæ; venia gerendi â magistratu impetrata; error, dum putat alio jure rem ad se pertinere; aperta testatio initio interposita. Cum igitur non nisi voluntate & destinatione animi acquiratur hereditas, quid fiet, si ei delata sit, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus? Tradetur hereditas curatori administranda eâ lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea aut suscipienda aut † omittenda statuat. In quibus autem est aliqua facultas voluntatis, hi soli quidem acquirere hereditatem non possunt, sed quod eorum judicio deest *a* tutorum vel curatorum supplebit auctoritas; nisi quod in infante novum jus constitutum est à Theodosio cùm in acquirendo tum in transmittendo, quod ex lectione ipsius *b* constitutionis cognoscere licebit. Cæteri omnes, qui hoc animo sunt, ut velint esse heredes, idque quocunque modo declaraverint, solâ hac destinatione animi heredes fiunt: excepto eo herede, qui obligare non potest eum, cui acquirit, oneribus hereditariis, ut aliquanto antè dictum est. Acquisitionis hujus effectus duplex, unus; ut quæsitam semel successionem nemo possit *c* repudiare; alter, ut quæcunque sunt hereditatis, ea ad heredem transeant. Constat autem hereditatem omnem

u d. §. ult. l. 20. in pr. ff. d. tit. de acq. her.

x d. l. 20. hoc cum non perinde, ut aditio, apertam testationem habeat, non tam facilè intelligi potest, quis videatur pro herede gessisse.

y d. l. 20. ubi hæc regula exemplis illustratur. sin a. ea, quæ fecit, facere potuit, & si heres non esset, hîc non videbitur pro herede gessisse, nisi quid contrà doceatur. exempla in d. l. 20. § 2. & 3.

z Ordine indicata l. 21. d. l. 20. §. 1. junct. l. 5. de jur. del. l. 87. de acq. her. l. 14. §. plerique 8. de relig.

† Et omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset. Idemque erit, si in furore decesserit l. ult. §. 7. & 8. seqq. C. de cur. fur.

a l. 5. & 18. C. de jur. del. l. 49. ff. de acq. her. l. 9. §. 3. ff. de auct. tut. vel patris consensus, si in ejus potestate sint. l. 8. §. ult. d. tit. nec obstat l. ult. §. 2. de V. O. quia hîc non pupillus, sed pater, cui hereditatem acquirit, obligantur. In adventitia hereditate dici potest. ab illa regula esse recessum. vid. Don. ad d. l. 2. § 2. n. 7.

b Quæ extat in l. 18. C. de jur. del.

c l. 4. C. de rep her. quippe ubi jam heres cœpit obligari creditoribus, quod fit quæsitâ semel hereditate, l. 8. de acq. her. suo se facto liberare non potest. l. 5. C de obl. & act.

nem & *d* commoda adferre & incommoda. Commodorũ genera tria: aut enim jam antè defuncti fuerunt: aut postea hereditati nondum aditæ tanquam dominæ quæsita sunt: aut aditæ demum hereditati adjiciuntur. Primùm omnia, quæ defuncti fuerunt *e* jura scilicet (nam quæ facti sunt, uti est *f* possessio, non transeunt) ad heredem transferuntur. Eorum *g* quatuor sunt genera; dominium; jus in rem, ut emphyteuticum, superficiarium, servitutes, jus pignoris; actiones in personam; exceptiones. Una hîc exceptio est earum rerum, quæ personæ *h* cohærent. Quæ transferuntur, ea pro conditione rerum aut dividuntur inter plures coheredes pro portionibus hereditariis, ut dominium & jura dominio proxima; actiones *i* paucis exceptis; & prout fert natura actionum, exceptiones: aut singulis in solidum competunt, ut servitutes, pignus, & si quid simile, quod vel naturâ vel lege constituentium etiam in actore divisionem *k* non recipiat. Rursus eorum, quæ dividuntur, alia numero inter heredes dividuntur & singulis pro diviso acquiruntur, ut *l* pecunia numerata & cæteræ res fungibiles, item nomina: reliqua corpora ita dividuntur pro portionibus hereditariis, ut communia maneant pro *m* indiviso.

Commodorum, quæ hereditati nondum aditæ acquiruntur, species *n* quinque; alluvio & accessio; fœtus & fructus ex rebus hereditariis; negotiorum gestorum actio, si quis negotia hereditaria gesserit; usucapio à defuncto cœpta post mortem impleta, denique quæ per servos hereditarios quæsita sunt, ut omnia

d *l.1. & 31 in pr. ff. de bon. poss. l. 119. de V. S. l.62. de R.I.*

e *l.37. ff. de acq. her. quod & satis ostendit hereditatis definitio. l.14. de V.S. l.62. de R.I.*

f *Hæc nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. l.23. de acq. poss. l. 19. ex quib. C. major. nec magis igitur ipso jure ad suos heredes, quam per aditionem ad extraneos transit. sicut & comm. calculo receptum. Geil 2. obs. 152. & apud nos observatur. In Burgundia a. & fere tota Gallia obtinet illud, le mort saisit le vif.*

g *In qua omnia heredem succedere manifestum est ex his locis d. l.37. d. l.23. l.1. si ag. vect. l.1. C. si un. ex pl. her. cred. §.1. Inst. de perp. & temp. act. l. ult. ff. de exc. rei vend. & trad.*

h *l.8. § 3. de lib. leg. l.12. & seq. ff. sol. mat. l.7. de except. unde & exempla peti possunt.*

i *Quo de genere vide quæ scribit Don. noster in l.2. §.1. de V. O.*

k *l.17. de serv. d. l.2. §.2. & l.72 de V. O. l.1. C si un. ex pl. her.*

l *l.29. de solut. l. ea quæ 6. C. fam. erc. eadem divisio recepta in generibus promissis. l.54. de V. O.*

m *l. 8. l. 17. C. fam. erc. id est, ut singuli intellectu magis, quam corpore, partes habeant. l.5. ff. de stip. serv.*

n *Indicantur l.20. § 3. l.25. §. ult. l.27. & seq. de pet. her. l.40. de usuc. l.21. de neg. gest. rectè igitur Florent. in l. 54. de acq. her. heredem quandoque adeundo jam tunc à morte successisse intelligi congruit l. 193. de R. I.*

acquiri

acquiri possunt, in quibus factum *n* operavè personæ non desideratur. Commodum, quod hereditati jam quæsitæ accedit, unum est, jus accrescendi. Sed cum hoc etiam invito imponatur, aliquando incommodum habetur. Proinde de eo postea separatim.

Incommodorum hereditariorum genera item tria; æs alienum, onera legatorum & fideicommissorum; & nonnunquam jus accrescendi. Aes alienum duplex: primùm cujus præstandi necessitate defunctus *o* obstrictus fuit: deinde etiam quod post mortem ejus *p* ante aditam hereditatē natum est ex rerum hereditariarum administratione, aut ex sumptibus in funus factis, tanquam ab hereditate contractum. Primum igitur hereditas quæsita, etiamsi *q* solvendo non sit, heredem obligat æri alieno, eoque nomine à creditoribus hereditariis *r* conveniri potest. Sed duplex hic exceptio est; una, si heres actione pœnali conveniatur, cujusmodi actiones in heredes *s* non dantur; altera, si inventarii beneficio usus sit, quo hoc consequitur, nę ultra *t* facultates hereditarias cō veniri possit. Legata & fideicommissa hactenus heredem onerant, quatenus salvâ lege falcidia *u* facultates defuncti ferant: &, si plures instituti sunt, illos tantùm, à quibus *x* relicta sunt. Jus accrescendi interdum queq; incommodum adfert. De quo nunc separatim paulò enucleatiùs.

n l.61. de acq.rer.dom. secus est, si factum personæ operavè substantia desideretur; ut in usufructu, itē in hereditate servo delata, neque n. hereditas persona est, quæ possit aliquid facere. d.l.61. in pr. & §.1. o Ut sunt obligationes & actiones, quib. defunctus tenebatur l.8. l.20. §.4. de acq. her. l.2. C. de her. act. d. §. 1. Inst. de perp. & temp act. p l.21. § 1. de neg. gest. l.12. l.14. §. 13. de relig. & sump. fun. q d. l.8. de acq. her. l.3. in pr. de bon. post. neq; hoc iniquum. arg. l.34 de acq. rer. dom. r Si plures sint, omnes tenentur, sed pro portionib. hereditariis tantum l.2. C de her. act. ut pote ipso jure ex l.12. tab. obligatione ita divisâ. l.6. C. fam. ercisc. enimvero hoc ita, si obligatio dividua est: alias in solidū. l.2. §.2. & deinc. de V.O. s §.1. Inst. de perp. & temp: act. l. pupillum 111. § 1. de reg. jur. t De quo vid cap. superius. u §. ult. Inst. de leg. falc. l.1. ff. eod. l.1. §. 17. ad Treb. nec ratio differentia admodum obscura. quod tamen sic hodiè accipiendum, si inventarium facere non neglexerit. No.1.c.2. x l. in singulis 77. ad leg. Fal. §. 1. Inst. eod.

CAP. XLIV.

De jure accrescendi.

Res mixta ex commodis & incommodis, est jus accrēscendi. Id tale est. Si quis ex parte aliqua hereditatis heres extitit, quæsita portio vacantes partes

ita

ita ad se trahit, ut sive velit sive nolit is, cui portio quæsita est, ei accrescant. Necessitas ex duobus juris principiis nata. Unum hoc est, neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse: *a* alterum, neminem ejusdem hereditatis, quæ alium heredem non habeat, partem agnoscere posse, partem *a* repudiare. Valet hoc jus accrescendi & in uno herede & in pluribus. In uno, ut si quis solus ex asse heres, partem tantum adeat: nam pars ab eo adita necessariò partem alteram ad se *b* trahit. Inter plures aut unus agnoscit portionem suam, aut plures. In uno agnoscente certa hæc est juris *c* definitio, deficientium portiones portioni jam acquisitæ necessariò cum suo onere accrescere. Quæ definitio omnia, quibus hoc jus continetur, breviter complectitur. Primùm dicimus eam portionem accrescere, quæ quoquo modo *d* defecit, sive *e* extranei sit sive sui heredes. Secundò acquiri ei, qui ex aliqua parte heres *f* extitit, sive apud quem pars jam acquisita habetur: unde portionem portioni accrescere, instar alluvionis †, veteres dicebant. Tertiò accrescere *g* invito & ignoranti: una hîc exceptio est, nisi is, qui semel heres extitit, postea abstinuerit aut beneficio ætatis in integrum restitutus sit. tum enim ei, qui *h* priùs, quam hæc fierent, adiit, conditio defertur, ut aut totam hereditatem

a Ne fiat contra regulam juris civilis l. 7. de R. I. cujus regula ratio reddita est à Duar. lib. 1. de jur. acc. c. 2. & subtilissimè à Gom. 1. res. 10. n. 27.

b l. 10. & l. 80. in pr. h. tit. sive simul & semel. sive ex pluribus partibus institutus sit, quamvis ex aliis pure, ex aliis sub conditione. l. 33. de her. Inst. nisi in conditionalem partem habeat substitutum. l. 52. §. ult. h. tit. nec interest per se heres existat, an per alium l. 26. eod.

c Tradita in l. 53. §. 1. ff. eod. & d. l. un. §. 10. C. de cad. toll.

d Vid. aut morte (nisi sit is, qui jus adipiscendæ hereditatis transmittit. l. un. C qui ant. ap. tab. l. 19. C. de jur. del.) aut repudiatione, aut si qua aliâ ratione heres impeditus adire non potuit. l. 9. ff. de su. & leg. bonorum possessor etiam tempore excluditur. l 4. de bon poss. sum heres abstinendo l. pen & ult. ff. hîc. tum si quis beneficio ætatis contra aditionem immixtionemvè restituatur. l. 61. ff. eod.

e Etiam legitimi. d. l 9 de su. & leg & bonor. possessioris. d. l. 3. §. ult. ff. de bon. poss.

f d. l. 9. d. l. un. § 10. aut bon. possessionem agnovit. d. l. 3 §. ult. aut cui ex Trebelliano hereditas restituta est. l 43. ad Treb item heres heredis d l. 9. pater & dominus arg. l. 26. eod.

† l. 33. in fin. ff. de usufr. non igitur ei qui suam partem non agnovit. d. l. 9. non, qui restituit. l. 83. eod. hic quæsitum, an jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis? sed non transire crebriùs placuit, idque novissimè defendit Io Suev. lib. 2. de jur. acc. cap. 2.

g Nolenti & ipso jure. d. l. un. §. 10. l. 31. ff. hîc.

h Nam si postea, magis est, ut invito accrescat. l. 38. eod. Cur verò tam variè, nempe qui postea adiit, scit se oneribus fore implicitum, proinde & hac conditione adire videtur. d. l. 38. qui verò ante, ei nihil tale potest objici, adde quod beneficium prætoris huic alteri nocere non debet. l. nec avus. C. de emanc.

agnoſcat, aut à tota *i* recedat. Poſtremò ex eadem definitione intelligitur *k*, onus hujus accretionis ab herede declinari non poſſe.

De pluribus portionem ſuam agnoſcentibus duplex quæſtio; una, utrum portio deficiens accreſcat omnibus; altera, ſi accreſcat pluribus, quatenus. De prima ſic habendum; Si omnes conjuncti ſunt, aut omnes diſiuncti, accreſcit omnibus, qui ſuam partem agnoverunt. Si promiſcuè conjunctim diſiunctimq; inſtituti: deficientis diſiuncti portio omnibus; conjuncti ſolis conjunctis *l* accreſcit. Conjuncti dicuntur, qui *m* unâ enunciatione ad eandem hereditatem aut rem vocantur: diſiuncti, quorum ſinguli vocantur ſingulis *n* orationibus: ut hîc plures ſint enunciationes, illîc una copulata. Sed ſciendum diſiunctos etiam *o* conjunctos eſſe & vocari. Quicunque enim ad eandem ſucceſſionem vocātur ſive uno ſermone ſive diverſis, omnes re conjuncti ſunt. Atq; hi iterum ex verborum forma & conceptione in tres *p* ſpecies dividuntur, ut alii dicantur re conjuncti tantùm, qui iidem, quod oratione diſjunguntur, etiam *q* diſiuncti vocantur, Ut Titius heres eſto, Sejus heres eſto: alii re & verbis ſimul, quos ſcilicet & nominum & rei complexus jungit, ut Titius & Sejus ex ſemiſſe heredes ſunto: alii denique verbis tantùm, qui eâdem oratione ad eandem hereditatem vocantur, additis his verbis, æquis partibus, ut Titius & Sejus ex æquis partibus heredes ſunto. Sed & hos conſtat nihilominùs re conjunctos eſſe, cùm partes ſingulis tributæ rem non magis dividant, quam ſi *r* expreſſæ non eſſent: ut vel ex hoc manifeſtò li-

i *Ne fiat contra regulam. l.1. & 2. ff. eod. & ita ſe abſtinere poteſt propter alium, qui per ſuam perſonam non poteſt, niſi tamē creditores ejus parte contenti ſint, tum enim ceſſat metus incommodi. l. 55. eod.*

k *Æris alieni ſc. & legatorum. d. l. un. §. 1.*

l *d. l. un. §. 10. quod Baro exemplo ad docēdum apposito illuſtrat. ad d. §. 8. Inſt. de leg. Atque ita diſiuncti, qui ſermone teſtatoris apertiſſimè diſcreti ſunt, ſuum quidem habebunt, alienum a. non appetent. d. §. 10. verſ. hoc a. tam variè.*

m *Ac propter unitatem ſermonis, quaſi in unum corpus redacti partem conjunctorum ſibi heredum, quaſi ſuam præoccupant. d. verſ. hoc ita tam variè.*

n *Ad eandem tamen rem aut ſucceſſionem. d. § 8. nam inter alios non eſt jus accreſcendi. l. 1. in pr. l. pen. de uſufr. acc.*

o *Quamvis enim oratione ſeparentur re tamen conjunguntur. d. §. 8 d. l. un § 10.*

p *In quibus explicandis conſumitur l. triplici. 142 de V. S. item ex parte l. 89. de leg 3.*

q *Ut & ſeparati. l. 1. in pr. & §. 2. ff. de uſuf. acc.*

r *Et rectè Baro, non aliter inquit differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, niſi quod in illis partes æquæ exprimantur, in his non item. arg. l. 16. in fin ff de leg. 1. qui tamen ab initio non minus voluntate defuncti partes habent. l. 34. §. 9. eod. tit. inter quæ quo ad effectum quid intereſt? l. 39. §. 3. de her. Inſt.*

queat;

queat; etiam inter verbis conjunctos accretioni esse *s* locum.

Quidquid autem hîc accrescit (quæ altera quæstio est in pluribus, qui suas partes agnoverunt) placet singulis non ex æquo, sed pro portionibus hereditariis *t* accrescere: & in distributione, si permistim instituti sint disiuncti & conjuncti, conjunctos *u* unius personæ potestate fingi. Habet hoc jus locum etiam inter *x* legitimos heredes ad ejusdem defuncti hereditatem ab intestato vocatos. Habet & inter eos, quibus eadem res legata est: sed effectu non nihil dissimili, ut inferiùs demonstrabitur.

s Adeoque re conjunctis præferri, ut disertè scriptum est in d. l. 89. de leg. 3. Atque ita sentiunt Bar. & VVes. ad d. §. 8. Duar. 1: de jur. accr. 6. 9. 10. Gomes. 1. res. 10. diss. Accurs. Gov. Cuiac. Hot. Fachin. & in primis Ant. Fab. Dec. 49. err. 3. 4. 5. 7. 8.

t d. l. un. §. 10. ut quatenus est portio hereditaria, eatenus sit commodum ejus & incommodum.

u Ut non plus auferant, quam singuli disjuncti l. 34. de leg. 1. in pr.

x l. 9. de su. & leg. & hîc sæpe alii conjunctim alii separatim vocantur: quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita succedunt. ut fratres & fratrum filii nomine collectivo. No. 118. c. 3. nepotes ex diversis filiis. § 6. Inst. de her. quæ ab int.

CAP. XLV.

De jure codicillorum.

AD huc quæ dicta sunt, pertinent ad hereditatem acquirendam jure civili: nunc de ea dicendum videbatur, quæ acquiritur jure prætorio per bonorum possessionem: sed cùm pleraque omnia, quæ de bonorum possessionibus à prætore introducta sunt, testamentariæ bonorum possessioni cum ea, quæ ab intestato defertur, sint communia, ubi eò ventum erit, commodiùs de his in commune præcipietur. Nunc, quia dictum est de iis modis, quibus directò jure civili ex testamento acquiritur hereditas, videamus, quibus acquiratur obliquè per fideicommissum: Atque hinc arreptâ occasione, de † codicillorum jure priùs cognoscamus, siquidem non codicillis minùs, quam testamento fideicommissa relinquuntur, & hoc alterum est ex duobus propositis testationis supremæ genus *y*.

† Historia de origine codicillorum & fideicommissorum relata est in pr. Inst. hoc tit. item in §. 1. Inst. de fid. hered.

y Plura genera supremæ voluntatis nō occurrunt. l. 13. C. de sac. eccl. l. ult. C. de bon. quæ lib.

z Adjunctū formam codicillorum adumbeans, eosque à testamento distinguens, quod justam, id est, plenam & perfectam testationem cōtinet. quippe in quo heres instituitur, qui in universum jus succedat. vid. sup. c. 32 quod autem attinet ad solennitatem conficiendi, apud nos nihil admodum inter hæc duo differentia est.

a l. antep. ff. qui test. fac. l. 41. §. 3. de vulg. l. 1. de jur. cod. ut si dicat quis hanc voluntatem suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt propria testamenti. l. 13. §. 1. eod.

Codicilli sunt z, imperfecta testatio de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, non in hoc institata, ut testamentum esset. quæ clausula eò pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si testator codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum, si in hoc parata sit, ut *a* testamentum esset: nisi caverit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti nō possit, valere saltem jure codicillorum, aut quacunque *b* ratione quam optimè potest. Quæ clausula vulgò *c* codicillaris vocitatur. Codicillorum, ut & testamēti, duo sunt *d* genera; scripti, in quibus voluntas scribitur; & non scripti, in quibus nuncupatur. Vis omnis codicillorum posita est partim in eo, ut jure valeant, partim in conditione relicti. Primùm jure valeant necesse est. in quo duo necessaria, ut ab initio rectè fiant; facti non infirmentur. Ut rectè fiant duabus rebus continetur, persona ordinantis, & ordinationis modo. De persona ordinantis ita jus est, ut is demum codicillos facere possit, qui & *e* testamentum pôtest. Modus ordinationis nullam perfectæ solennitatis observationem desiderat, sed sufficit coram quinque testibus eodem tempore & simul codicillos fieri, &, si scribantur, à testibus *f* subnotari. Infirmantur aut per se, aut alieno casu. Per se contrariâ eaque nudâ defuncti *g* voluntate. Alieno casu, cùm testator simul & testamentum & codicillos fecit: siquidem testamento posteà infirmato, & codicilli sive ante sive post

l. 14. C. de test. diversæ n. res sunt, ac proprè contrariæ, testamentum & codicilli. l. 7. C. eod.
b *Quacunque ratione poterit. d. l. am. d. l. 41. §. 3. l. ult. §. ult. C. h. tit. item in specie l. 34. C. de fideic. de qua vid. Garean. 1. var. 1.* c *Obiter percurrito, quæ de hac clausula tradit. Geil. 2. obs. 114.* d *Aut si mavis, modi codicillos faciendi. distinctio petita ex l. 13. C. de fac. eccl. l. ult. C. de bon. quæ lib.* e *l. 6. §. pen. l. 8. §. ult. & seq. eod.* f *d. l. ult. §. ult. C. eod. quod certioris probationis causâ in eo non levis momenti constitutum esse vulgò creditur; cæterùm ad ordinationis solennitatem nihil requiri. §. ult. Inst. hîc.* g *l. 18. de leg. 3. declaratâ vel verbis vel facto. l. 3. C. h. tit. non a. si posterior voluntas contraria non erit; nam tum plures codicillos factos esse interpretabimur, quod licet l. 6. §. 1. ff d. l. ult. §. ult. C. eod. neque si testamentum postea conditum fuerit, nisi appareat testatorem à priore voluntate recessisse § 1. Inst. eod. tametsi posterius testamentum rumpat prius. § 2. Inst. qu. mod. test. inf. propterea quod unumquodque justam & perfectam de universa successione testationem continere debet.*

testa-

testamentum facti *b*, concidunt. Relinqui omnia codicillis possunt, una *i* hereditate excepta, ne *k* confundatur jus testamentorum & codicillorum. Hoc posito consequens est, nec hereditatem codicillis *l* adimi, nec heredi instituto *m* conditionem adjici, multoque minus detrahi posse. Sed hoc ita accipiendum est, ut directò dari hereditas codicillis non possit. Cæterùm quin per *n* fideicommissum rectè relinquatur, nulla dubitatio est. Sed & codicillis directò relicta, valebit nihilominùs jure *o* fideicommissi. Inter quæ quantum intersit, ex iis, quæ de fideicommissis jam tradere paramus, facilè intelligetur.

h l. 3 §. ult. l. 14. l. 16. ff. l. 1. C. eod. i *§. 2. Inst. l. 2. C. eod. l. 76. ff. ad Treb. olim nec legata codicillis relinqui poterant. §. præterea. 10. Inst. de fid. her. quod mutatum l. 2. C. com. de leg.* k *d. §. 2. aliam rationem reddit Papin. in l. 10. eod.* l *Quod & traditur in d. §. 2. item in l. 2. C. & l. 6. in pr. ff. eod.* m *Quia adjiciendo conditionem in defectum ejus de adimenda hereditate, detrahendo de danda hereditate testator cogitasse videtur. l. 27. §. ult ff. de cond. Inst.* n *d. §. 2. d. l. 2. C. eod. ut capiatur quidem ab instituto, sed imminutâ detractione quartæ ex S. C. l. 2. § ult. ff. eod.* o *Atque ita ex conjectura voluntatis Scævola respondit in d. l. 76. ad Treb.*

CAP. XLVI.

De fideicommissariis hereditatibus.

Fideicommissum est, quod verbis *p* precariis aut quo alio indicio precariæ voluntatis à defuncto relinquitur. Et est aut *q* universale, quod hereditatem ejusve partem continet; aut singulare, quod res singulas. Prior species huc pertinet *r*: posterior legatis per omnia exæquata est. Constat obliqua hæc acquisitio duabus itidem illis rebus quibus directa, delatione videlicet fideicommissi; & delati susceptione. Delatum iterum intelligitur, si & ab initio constiterit, nec posteà sit infirmatum. Rursus ut ab initio consistat, positum item partim in potestate deferendæ per fideicommissum hereditatis; partim in voluntate deferentis. Potestas spectatur in hisce quatuor rebus; in personis, quibus fideicommissum constat; in ritu externo testationis; in re quæ relinquitur; in relinquendi modo. Constat omne fideicommissum personis tribus; testatore seu eo, qui relinquit; here-

p Non civilibus verbis, ut hereditas & legata, sed precativè. Ulp. tit. de fid. Inst. de sing. reb. per fid. rel. in pr. & § ult. q *Arguunt tit. Inst. de fid. her. & de sig. reb. per fid. rel.* r *Nam cui fideicommissa hereditas restituitur, heredis loco habetur §. 3. & aliquot seq. Inst. hoc. tit. & ita accipienda est l. 2. C. com. de leg. §. 3. Inst. de leg.*

de, seu eo, à quo *s* relinquitur, item fideicommissario, cui relinquitur. De primo & tertio eædem sunt *t* regulæ juris, quæ suprà de testatore & herede relatæ sunt; ut is solus relinquere possit, qui & testamentum facere potest; ei verò relinqui, qui qualemcunque testamenti factionem habet.

Relinqui ab iis omnibus potest, ad quos hereditas nostra *u* perventura est. Hi tres; heres scriptus; heres fideicommissarius; item legitimus. nam & legitimis heredibus creditur paterfa. sponte suâ relinquere hereditatem, dum eam non *x* adimit alios instituendo. Hoc solùm observandum, ne plus quisquam rogetur restituere, quam ipse ex judicio defuncti *y* acceperit. In ritu nihil refert testamento relinquatur fideicommissa hereditas, an codicillis: at testamento à solo herede instituto, codicillis, etiam à *z* legitimo relinqui potest. Res, quæ per fideicommissum universale relinquitur, est hereditas, aut quævis pars ejus, de qua restituenda rogatur is, ad quem ea pervenit. Modus relinquendi cum legatis & fideicommissis rerum singularum communis, ut quemadmodum legata relinqui possunt purè, sub conditione, in† diem sive ex die, sic & relinquatur hereditas per fideicommissum totidem modis. quarum rerum uberiorem tractationem reiecimus in communem illum locum.

s Qui, quod ejus fidem defunctus sequitur, fiduciarius heres appellatur. l. 46. l. 67. §. ult. eod.
t l. 1. in pr. & §. 1. de leg. 3. l. 8 § 5. ff. h. tit.
u §. 2. & §. 10. & seq. Inst. hoc tit.
x l. 8. §. 1. ff. eod. d l. 1. §. 6. de leg. 3.
y §. 1. Inst. de sing. reb. per fid. rel. l. 6. C. de fid. l. 6 in pr. de leg. 3. & hoc est, quod vulgò dicitur neminem ultra quam honoratus est, onerandum esse.
z d. §. 2. & §. 10. Inst. hoc tit. §. pen. Inst. de eod. l. 27. §. Trebellianum 8. ff. ad sen. Treb.

† *Etiam in diem relinqui posse fideicommissum placuit d. § 2. Inst. eod. Cur igitur dies heredis institutioni adjectus pro supervacuo habetur? §. 9. Inst. de her. Inst. nimirum ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat, quod juris civilis subtilitas non patitur. l. 7. de R. I. in restitutione ad hoc jus non offenditur, cum is, qui restituit, heres nihilominus maneat §. 3. Inst. hoc tit.*

CAP. XLVII.

Vbi ex voluntate relictum fideicommissum intelligatur.

VOluntatis triplex quæstio: quando fideicommissum delatum intelligatur: delatum an perseveret: si delatum sit & perseveret, quid contineat.

Primum

Primum fideicommissum deprehenditur aut ex *a* verbis precariis apertis; aut ex eo, quod hereditas directò alicui delata, non potest pervenire, nisi precario modo. Delationis hujus species quatuor: prima, si testator aliquem directò instituerit aut substituerit, ubi non licet, puta *b* codicillis: secunda, si heredem suum roget, ut aliquem heredem faciat; quasi per hoc eum *c* rogare videatur, ut hereditatem ei restituat: Tertia, si heredi suo mandet, ne testamentum faciat, quibus verbis cavere intelligitur, ut hereditatem ad *d* legitimos heredes devolvi sinat. Postrema, si duo testamenta condens, posteriore cavit, ut prius quoque valeat, hic prius testamentum nihilominus tollitur, sed propter insertam clausulam placet jure fideicommissi hereditatem ad illos pervenire, qui priore testamento *e* scripti sunt.

Infirmandi fideicommissi ratio eadem, quæ legatorum: quamobrem de ea quoque in argumento de legatis disputabimus. Unum hic dissimile, quod repudiatione heredis fideicommissum non statim intercidat, ut legata & fideicommissa singularia, sed si nolit heres adire, cogi possit ex S.C. Trebelliano, ut adeat. quod postea planiùs intelligetur.

Quid insit fideicommisso, quatuor his ex rebus noverimus; cui, à quo, quantum delatum sit, & quando judicio testatoris. Ei delatum intelligitur, quem testator designavit sive nominatim sive ea oratione unde id intelligi *f* possit: persona non designatâ, fideicommissum deberi *g* non potest. A quo relinquatur semper expeditum est, sive persona demonstretur, qui restituat, sive *h* non: cùm ex *i* onere persona onerati satis intelligatur. Quantum relictum sit, facilè intellectu, si unus tantùm heres institutus est: nam si pars relinquatur; ea exprimitur: si tota hereditas, hic jure fit, ut nihil amplius relictum intelligatur, quam do-

a *Qualia sunt, peto volo, rogo, mando, fidei tua committo. §. ult. Inst. de sing. reb. per. fid.*

b *Cujusmodi species proponitur in l. 76. ad Treb.*

c *l. 17. in pr. d. tit. multò magis igitur valebit hæc voluntas jure fideicommissi, si testator roget heredē, ut suæ hereditatis partē alicui post mortem restituat. l. 114. §. 7. de leg. 1.*

d *Quod ex fine hujus præcepti satis intelligitur. species est in l. 74. ff. ad Treb.*

e *Atque ita & Divi Severus & Antoninus rescripserunt. l. 29 eod. §. 3. Inst. quib. mod. test. inf.*

f *l. 74. eod. vel indefinitè. Quisquis mihi heres erit quibus verbis, qui contineantur, suprà indicavimus, c. 40.*

g *Ita Paul. respondit in l. 4 de reb. dub.*

h *Veluti si simpliciter testator dixerit velle se hereditatem suam alicui restitui. exempla in l. 14 C de fid. l. 29. l. 76. ad Treb.*

i *Quod heredis est, uti & omne æs alienum l. 2. C. her. act.*

drans *k*: ut paulò poſt certiùs intelligetur. Sin plures ſint heredes, ibi aut nominũ expreſsio, aut hereditariæ partes, aut onus ſingulis injunctum partes *l* indicabũt, eodẽ planè modo, ut in pluribus heredibus *m* inſtitutis & ſubſtitutis. Poſtremò tẽpus præſtationis varium, prout aut purè aut in diem aut ſub conditione relinquitur. quod item pleniùs explicabitur in legatis.

Sed ut nihil extrinſecus fideicommiſſo adjiciatur, communis tamen hæc omnium conditio eſt, ſi heres rogatus hereditatem *n* adiit. Quid ergò ſi nolit adire? huic incommodo duplici viâ occurſum. Primùm invitati ſunt heredes, ut ſponte adirent: deinde, ſi recuſarent, etiam coacti. Invitantur duobus modis: nam & ſublata eſt S.C. Trebelliano dubitatio eorum, qui metu æris alieni adire hereditatem recuſare poſſent, cautumque, ut quæ actiones in heredem & heredi competunt, ei dentur & in eum, cui ex fideicommiſſo reſtituitur hereditas: & moleſtia adeundæ ac mox reſtituendæ hereditatis, quam nemò facilè alieni tantùm compendii causâ ſubierit, juſto emolumento penſata. quod factum eſt S.C. Pegaſiano, quo ei, qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere, perinde permittitur quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur. Si his rebus nõ adducitur heres, ut ſponte adeat, cavetur eodem S.C. ut deſiderante eo, cui reſtituere rogatus eſt, juſſu prætoris cogatur adire & reſtituere hereditatem; nullo nec damno nec commodo apud heredem *o* remanente. De quibus omnibus ita deinceps diſſeremus, quaſi cuncta Trebelliano S.C. cauta eſſent, poſtquam Juſtiniano placuit vim omnem Pegaſiani in *p* Trebellianum transfundere.

k *Si tamen heres ſponte adierit & reſtituerit §. 5. & 6. Inſt. hic.*

l *l. 23. & ſeq. ff. h. tit. ad ſen. Treb. l. ult. §. 2. de reb. dub. quibus locis inſpectis nihil erit, quod amplius ad explicationem hujus rei deſideres.*

m *l. 9. §. 12. de her. Inſt. l. 24. de vulg. l. 124. de leg. 1. dixi cap. 40 ſup.*

n *Quæ conditio tum ex verbo reſtituendi, tum ex jure & reſtituendi obligatione ineſſe fideicommiſſo ſatis intelligitur: Nam nec reſtitui poteſt, niſi quod ad aliquem pervenit. l. 20. §. 7. de pet. her. neque obſtringetur, quiſquã, qui nihil accepit. l. 9. C. de fid. nec acquirit, niſi adeundo §. ult. Inſt. de her. qual. unde fit, ut hereditate non aditâ fideicommiſſum non teneat. l. 13. l. 17. §. 6. eod. h. tit.*

o *Quæ omnia dilucidè expoſita ſunt in §. 4. & 3 ſeqq. Inſt. eod. l. 1. §. 1. & ſeqq. ff. eod.*

p *Hinc factum, ut quarta, quæ de fideicommiſſis deducitur, vulgò Trebellianica dicta ſit, à veteribus non alio ferè nomine, quam Falcidiæ, appellatur. l. 43. §. 3. de vulg. l. 66. ad leg. falc. l. 27. §. 10. l. 29. l. 55. §. 2. hoc tit. §. 3. Inſt. quib mod. teſt. inf. habitâ nimirum ratione ejus legis, quâ primùm quartæ deductio eſt conſtituta, quæ poſtea S. C. ad hujus quartæ detractionem traducta eſt, & idcirco non tam ex S. C. quam ex leg. Falcidia percipi videtur.*

CAP.

CAP. XLVIII.

Quis, per quem quibus remediis adire hereditatem & restituere cogatur.

DE necessitate adeundi tria hæc ordine cognoscenda; an omnes sine exceptione cogi possint; per quem quis cogatur; quibus ad hoc remediis opus. Principio quisquis est, cui hereditas quocunq; *q* jure delata est, ei necessitas *r* adeundi S.C. imponitur, nec per se ullam recusandi causam habet: sed quod per se non potest, id ei ex quatuor causis extrinsecus intervenientibus tribuitur. Prima est, si quis non suam hereditatem, sed *s* alienam restitui jusserit: hic enim, cùm ad neutram Senatusconsultum pertineat, meritò cessat compulsio. Secunda est, si quid heredi obstet, quominùs jure communi adire possit, puta si conditio institutioni adjecta est, aut heres repudiavit. Conditio adjecta aut est in potestate heredis, aut non est: Hæc ad officium prætoris non *t* pertinet; illa; si turpis est *u*, remittitur; reliquæ ita implendæ, ut sine *x* incommodo heredis res transigatur. Qui semel repudiavit, ampliùs adire non potest: sed ne factum alienum fideicommissario noceret, placuit etiam post repudiationem † justis de causis cogi posse heredem, ut adeat: cujusmodi causa omnis haberi debet, si nihil fideicommissario *y* imputari potest, quod heres repudiavit. Tertia causa à persona ducitur fideicommissarii; si negetur fideicommissum deberi: ex hac autem causa ita audietur heres, si constet in *z* præsentia non deberi: quod si de eo controversia sit,

q Ex testamento sive ab intestato, jure civili sive prætorio, communi sive militari. l. 1. §. 5. & 2. seqq. l. 6. §. 1. ff. hoc tit. nec quicquam ad rem facit dignitas aut amplitudo personæ heredis fiduciarii. l. 5. & d. l. 6. §. 3. & seq. ff. eod.

r Sui etiam se immiscere coguntur d. l. 6. §. 2. Caterùm eo ipso, quod restituunt, satis se immiscere intelligendi sunt. ita fortasse nō malè conciliabimus d. l. 6. §. 2. cum l. 27. §. 3. eod. diss. Ant. Fab. 7. Conj. 7.

s l. 27. §. 8. & 9. ff. eod. in fideicommissis singularibus cur compulsio non habeat locum, ratio redditur in l. 14 §. 5. eod.

t l. 31. in fin. eod. ac ne sponte quidem pendente conditione adeundo heres quicquam agit. l. 9. §. ult. & l. seq. eod.

u l. 63. §. 7. & seq. eod. ut & nominis ferendi. d. l. 63. §. 10. item jurisjurandi. l. 8. in pr. ff. de cond. Inst.

x d. l. 63. §. 8. l. 7. l. 31. §. ult. eod.

† l. 14. in pr. ff. eod. l. 2. §. ult. ff. de su. & leg. her. aliàs perpetua est. reg. l. 4. C. de rep. her.

y Arg. d. l. 63. §. pen. junct. l. factum. 155. de R. I. repudianti similis est, qui bon. poss. sibi delatam tempestivè non agnovit. l. 1. §. 10. & seq. de suc. ed. unde & hic idem observatur d. l. 6. in §. pen.

z Ita responsum est in persona ejus heredis, adversus quem constabat filium emancipatum accepisse bon. poss. caterùm totus hic locus dilucidè explicatur in l. 13. §. 2. & seqq. eod.

interest utrum de viribus testamenti quæratur, an de viribus fideicommissi: priore casu non *a* auditur heres, nisi utriusque confessione constet testamentum nullum esse: posteriore auditur, nisi cognitio *b* prolixiorem tractatum habeat. Si deberi fideicommissum constiterit, sed nondum peti posit, fortè quia in diem relictum, non est *c* differenda compulsio. Postrema recusandi causa nascitur ex incommodis aditionis, ut si quod incommodum personæ, sivè quod damnum pecuniæ, lucri cessantis, ærisvè alieni heres metuat, non cogatur adire, nisi id omne avertat fideicommissarius *d*.

Cùm cogi poterit heres, restat, ut ab eo cogatur, cui cogendi jus. Talis est prætor, quo verbo magistratus omnes, qui *e* jurisdictioni præsunt, complectimur. Cogendi remedia sunt hæc, ut detur actio ex S.C. extraordinaria, qua heres in judicio conveniatur: si nō veniat, multa dicatur, pignora *g* capiantur, quæ remedia sunt prætoris. Quinimò, si in contumacia persistat, actio in factum adversus eum institui poterit, quâ fideicommissarius consequatur, quod sua *h* interest.

a Nam si nullum est testamentum adeundo non obligatur hereditati, ut pote sibi non delata. §. ult. Inst. de her. qual.

b Ne tractu temporis heres decedens fideicommissarium decipiat. d. l. 13. §. 3. in fin.

c Ac jam inde transibunt actiones l. 1. §. 9. l. 17. §. 7. ff. eod. Quid si sub conditione? magis est, ut & hîc heres compelli possit. nec causari quid poterit, ne deficiente conditione hæreat actionibus, cum nullum damnum sit futurum. l. 13. in pr. eod. Ant. Fab. 18. coni. 8. diss. Den.

d Vid. l. 4. 6. §. ult. l. 7. 8 11. 14. §. 5. l. 16. §. 4. & 3. seqq. l. 31. §. ult. l. 68. §. 8 hoc. tit.

e A quibus provocatio est ad principem duntaxat. arg. d. l. 13. §. 4. Quod si ipse prætor rogatus sit restituere, princeps adeundus erit, nisi se submittat alienæ jurisdictioni, d. l. 13. §. 4. l. 1. de jud. alioqui par in parem non habet imperium. l. 3. §. ult. & l. seq de recept.

f l. 178. §. 2. de V. S. Ulp. tit. 25. §. 12.

g Arg. l 1. §. 3. de vent. insp. idque etiam ex simili genere compulsionis intelligi potest, de quo in l. 32. §. 12. de recep. arb.

h Arg. l. 9. de edend. l. 13. in fin. de re jud.

CAP. XLIX.

Delatum hereditatis fideicommissum quomodo acquiratur: quæsitum quid transferat, quid apud heredem relinquat.

DElatum hereditatis fideicommissum tunc acquiritur, cum, ut oportet, susceptum est. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat, & heredis restituentis & fideicommissarii restitutum accipientis.

pientis, utique si sponte heres adiit: nam si coactus *i* adiit, placet fideicommissarium recusantē fideicommissum suscipere perinde teneri, atque si *i* recepisset. Quoniam igitur utriusque cōsensu opus est, quid fiet, si is rogatus sit restituere qui non *k* intelligit quod agitur? nimirū tutor aut curator adhibendus est. Quid si is, cui restitui debet, talis sit? si pupillus est, auctoritate *l* tutoris illi restituetur, si furiosus, non potest ei omninò acquiri: sed hîc locum habebit id quod generaliter de omni successione furioso delata *m* constitutum esse supra diximus. Consensu interveniente nihil amplius desideratur, nec *n* interest, restitutio quomodo peragatur, utrum inter præsentes, an per epistolā aut nuncium inter absentes, quin etiam à servo aut filiosa. jussu non præcedente facta rata haberi & confirmari potest *o*. Effectus restitutionis est, ut hereditas *p* transferatur in fideicommissarium, heres re ipsā amplius heres non sit, solus *q* fideicommissarius & agere utiliter & conveniri, ut heres possit. Duo omninò in hac acquisitione dissimilia à superiori illa directa: nam neque *r* omnia, quæ defuncti fuerunt, semper quæruntur fideicommissario, & minuitur sæpe pro quarta ex S.C. Trebelliano. Proinde duo hîc quærenda: primùm quid transferatur: deinde quantum. Transfertur vi ipsā hereditas. Hereditatis & commoda esse & incommoda, atque ea trium generum ex iis, quæ non multo *s* antè tradita sunt, intelligi potest. Primum genus commodorum, eorum videlicet, quæ in bonis defuncti jam antè fuerunt, ita *t* trāsit in fideicommissarium, ut primò excipiantur ea, quæ ad heredem non

i l. 67. eod. Cur n. recusaret, quod recusare nō potuit is, cujus hereditatem suscepit? l. 44. in pr. h. t. *k Furiosus puta aut infans l. 35. l. 37. §. 1. ff. l. 7. C. eod. qui a. infantiam excessit, is ipse auctore tutore restituere debet. l. 3. §. 1. d. l. 77. §. 1. eod. pubi. i verò non est necessaria auctoritas. l. 1. §. fuit. 13. eod.* *l §. 2. Inst. de auct. tut. d. l. 37. §. 1. & si adhuc infās, tutor sine facto ejus admittere restitutionem poterit. l. 18. C. de jur. del. l. 7. C. h. t. rejectā veterū nimis superstitiosā subtilitate, quæ est in l. 65. §. pen. ff. eod.* *m d. l. 7. C. h. tit. ult. §. taceli. C. de cur. fur. Atqui sup. c. 43.* *n d. l. 37. in pr. nec requiritur traditio, aliter atque in petitione hereditatis, ubi res singulæ restituendæ. l. 10. de pet. her.* *o d. l 37. l. 30. §. 2. l. 65 ff. h. tit. quod & in bon. possessione servatur. l. 6. de bon. poss. contra in hereditate. l. 25. §. 4. de acq. her.* *p §. 3. Inst. h. tit. si tamen post diem fideicommissi cedentem restituatur. l. 10. ff. eod* *q Nimirum pro qua parte ei hereditas restituta est. § 4. & seqq Inst l. 44. §. 1. l. 6 8. ff. eod. l 5. §. 1. ff quod cum eo. qui in al. pot. l. 1. §. 7. ut leg. serv. caus. cav.* *r Hereditate directò, aut bon. possessione delatā, nihil est in commodis aut incommodis hereditariis, quod non transeat in heredem. l. 37. de acq. her. l. 12. 3. de bon. poss.* *s Cap. 43. in fin.* *t Etiamsi nondum nactus sit possessionem. l. 63. eod.*

perveniunt, cujusmodi hæc duo, jus *u* personale defuncti, & res heredis à defuncto *x* possessa: deinde & quatuor alia: Primùm, quæ personæ *y* heredis cohærent: secundò quod judicio defuncti excipitur, ut dos *z* filiæ heredis fiduciariæ, & interdum *a* prælegatum coheredi rogato datũ, quod ex *b* verbis testatoris & varietate scripti æstimandum: tertiò quæ fideicommissarii culpá amissa sunt, ut quæ *c* furto subduxerit: quartò si *d* quid heres ob restitutionem vel amiserit vel impenderit de suo. Secundum *e* genus bonorum, quæ hereditati nondum aditæ quæsita sunt, totum ad fideicommissarium transit: nisi quid subtrahendo commodum hoc sibi adimat, aut impensæ superiores deminutionem suadeant.

Tertium genus, quod est eorum bonorũ, quæ post hereditatem percipiuntur aditam, longè in dissimili causa est. Horum commodorum duo genera; aut enim ab ipsa sunt hereditate, aut à rebus singulis hereditariis. Prioris generis commodum unum est, jus accrescendi, quod ita ad fideicommissarium transit, ut ad acquisitionem accrescentis portionis novâ restitutione non sit *f* opus. A rebus singulis quæcunque proveniunt, ea omnia heredis fiunt, præter ancillarum *g* partus & percepta ex *h* obligatione hereditaria, modò ea obligatio de sorte sit, non de usuris quæ conditionem fructuum sequuntur, ac proinde non magis, quam fructus in restitutionem *i* veniunt. Et

u Nam nec id ad heredẽ transit. l. 13. sol. matr.
x Quia nõ fit hereditaria. l. 52. in pr. ff. h. t.
y Exempl. in l. 55. eod. jura sepulchrorum communicari putat Chiflet. 4. de jur. fid. 6. arg l. 42. § 1. h. t. junct. l. 6. de relig. idq; ad jus patronatus ecclesiasticũ trãsfert, quod & facit Peregr. de fid. art. 6. n. 17.
z l. 62. pr. ff. h. t. add. l. 22 §. pen. l. 51. eod.
a Prælegatũ est, quod uni alicui ex heredibus præter partẽ hereditariã legatur, ut id sibi præcipuũ habeat, unde & preceptio dicitur. l. 3. §. pen. h. tit.

In eo igitur duæ sũt partes, hereditaria una, quæ à semetipso ei relinquitur, altera nõ hereditaria, quã à coherede accipit. l. 18. §. ult. eod. b *Nam si heres simpliciter rogatus est portionem suam restituere, etiam præceptiones. d. l. 3. §. pen. si portionem hereditariam ea pars, quæ à coherede accipitur, non continetur d. l. 18. § ult. altera a. quam à se accipit semper continetur, nisi postea, quam restituere jussus est, ei legatum fuerit. d. l. 18. §. ult. junct. l. 86. ad l. falc.* c *l. 48. ff. h. t. l. 5. C. de leg.* d *l. 7. l. 22. §. 3. h. t.* e *Cujus generis sunt fructus, partus, stipulationes servorum l. 27. §. 1. actiones ex rebus hereditariis ante aditionẽ natæ. arg. d. l. 18. §. 1. eod.* f *l. 43 ff. eod. l. 9. de su & leg. her. arg l. 33. in fin. de usufr. Gom. 1. res. 5. n. 19 diss. Cujac. 12 obs. 12. Putarẽ tamen cum doctissimo Don. Enucleatore, heredẽ fiduciariũ, qui sponte adiit, etiã ejus partis, quæ accrevit, quartã retinere posse.* g *Et fœtus, qui submissi gregem retinent. l. 58. §. 4. h. tit. l. 14. §. 1 de usur.* h *Etiã naturali. l. 47. eod.* i *l. 18. in pr. l. 27. § 1. l. 44. §. 1. h. t. nempe fructus post aditam hæreditatẽ percepti non hereditati, quæ esse desiit, facta patrimoniũ heredis, sed rebus ipsis acceptò feruntur. d. l. 18. §. 2. add. l. 63. § 4. l. 73. Cur igitur hæc in petitionẽ hereditatis veniũt? l. 25. §. ult. l. 27. de her. pet. nempe quia possessor, qui heres non est, nihil habet, quo sibi quid ex hereditate defendat.*

hoc

hoc jus perpetuum eſt, niſi mora ab herede facta ſit, aut teſtator hæc ipſa reſtitui voluerit. Morâ fideicōmiſſo factâ, etiam fructus poſtea perceptos reſtitui placuit, exemplo bonę fidei judiciorum, quibus in hac re viſum eſt legata & fideicommiſſa *k* comparari. Voluntas teſtatoris de fructibus reſtituendis aut *l* apertè exprimitur, iiſvè verbis, quæ reſtitutionem *m* inducant, ſignificatur; aut ex dilatione in gratiam fideicommiſſarii adjectâ colligitur *n*.

Sed quæcunque in reſtitutionē venire diximus, ea ita demum venient, ſi extant, ſi perierint aut deteriora facta ſint, intereſt, utrum caſu perierint, an facto & culpâ heredis, an verò negligentiâ. Si caſu, heres non tenetur, niſi culpa caſum præceſſerit: ſi facto ejus, ſtatim *o* tenetur. Sed hoc ita, niſi deminuendi poteſtatem aut à teſtatore, aut à jure acceperit. Propone teſtatorem rogaſſe heredem, ut quod ex hereditate boniſvè ſupereſſet, poſt mortem ſuam reſtitueret: ſatis conſtat his verbis etiam deminuendi poteſtatem concedi: non abſolutam quidem illam, ſed cui ineſſe veteres credebant arbitrium boni viri, quo ad juſtam moderationem *p* revocaretur. A Juſtiniano poſteà certioribus adhuc finibus circumſcripta eſt, ut ex *q* Novella ipſius lege cognoſcere licet. Jure conceditur eadem deminutio in actionibus uſurarum, & aliarum id genus acceſſionum, quæ heredi ſine *r* onere reſtitutionis acquiruntur. Extra has cauſas heres deminuendo fideicommiſſario nocere non poteſt, ſivè purè ſive in diem fideicommiſſum relictum ſit. Quid ſi ſub conditione? alienatio rata ab initio, irrita fiet exiſtente poſteà conditione. Quæ omnia apertè ejuſdem principis *s* conſtitutione definita ſunt, à veterum diſpoſitione nonnihil diſcrepantia.

k *d. l. 18. 27. §. 1. 44. in fin. l. 3 pr. de uſur junct. l. 3 C. in quib. c in int. l. 32 §. 2 de uſur. neque id negatur in l. 38. §. 7. d. t. de fructibus n. judicis loquitur.*

l *Si id nominatim juſſerit. d. l. 18. pr.*

m *Ut ſi eum incremento reſtitui voluerit. d. l. 63. §. 4. junct. d. l. 27. § 1. aut quicquid ex bonis ſupereſſet l. 3. §. 2. de uſur. item in ſpecie l. 32. h. tit.*

n *Species eſt in d. l. 3. §. 3. ne dies fideicommiſſarii gratiâ adjectus ei noceat, aliud igitur eſt, ſi heredis causâ dies adjectus eſt. l. 22. §. 1. h. t. quod & in re dubia præſumitur. l. 41. §. 1. de V. O.*

o *Qua de re vid l. 58. §. 1 l. 70. § pen. h. tit, l. 47. §. 4 & ult. de leg. 1.*

p *d. l. 58. §. pen. l. 54. eod. quibus adde l. 3. §. 2. de uſur.*

q *108. c. 1. und. auth. contra. C. h. t. ubi vid. Don. noſtrum. add. Geil. 2. obſ. 137.*

r *Ex quo perſpicuè palam eſt etiam deminutionem concedi d. l. 44 §. ult. de l. 58. §. 2.*

s *l ult §. 2. & 3. C. com. de leg. quâ emendata eſſe intelligimus, quæ à veteribus tradita ſunt in l. 25. §. 2 l 70. §. 1. h. tit. Porro totum hunc locum pluri b. perſequitur Peregr. de fid. art. 10. n. 26. & ſeqq.*

Negli-

Negligentiâ heredis si res hereditariæ perierint aut deteriores factæ sint, si lata sit, tenetur; si levis, non tenetur: uti nec quilibet alius debitor, quicum non contrahimus, sed in quem *t* incidimus. Porrò totus hic locus, de casu fortuito, dolo, omnique culpâ à quovis debitore præstanda †, alibi copiosius tractabitur.

Incommoda hereditatis *u* omnia in fideicommissarium transeunt: excepta executione ejus judicii, quod ante restitutam hereditatem adversus heredem institutum fuit *x*.

t d. l. 22. §. 3. junct. l. 15. §. non tantū 16. D. fam. erc. si quid a. heres utilitate exigente distraxerit, periculū evictionis ad fideicommissariū pertinet. l. 69. h. tit.

† Lib. 2. c. 76.

u Vt as alienum l. 1. §. 2. ff. l. 1. C. eod. onera legatorum & fideicommissorum d. l. 1. §. ult & l. seq. ff. l. 2. & ult. C. eod. videl. pro portione competenti ut rectè Don. in d. l. 2. conj. Ant. Fab. 11. de err 10. nisi rogatus sit heres deductis legatis. l. 51. eod. ac tum quarta tam de legatis quam fideicommisso detrahitur d. l. 2. in fin. & l seq. ff. eod. In legatis porro ab herede relictis fideicommissarius jure heredis utitur. l. 63. §. 11. & d. l. 3. eod. excepto casu l. 1. §. 19. eod. in legatis verò à se relictis Falcidiâ non utitur. d. l. 63. §. 11. quod tamen temperandum ex §. seq. Item jus accrescendi, de quo sup. c. 44. Denique & actiones aditione confusæ l. pen ff. eod

x l. 78. §. pen. eod. quia nova judicati obligatio contracta est l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul.

CAP. L.

Restituta hereditate quantum transeat in fideicommissarium.

QUæ transeunt in fideicommissariū, ea non semper in totum transeunt. Nam si pars tantum restitui jussa est, pro parte non restituta *y* apud heredem remanebunt: modò ea pars jure hereditario retineatur. Cæterùm si certâ pecuniâ aut re reductâ rogatus est restituere, translatis in solidū, actionibus res sine onere apud heredē manebit, quasi ex *z* legato ei acquisita. Quod si tota hereditas aut integra alicujus heredis portio restitui jussa sit, hîc quantū transeat, intelligitur ex S. C. quo cavetur, ut quarta pars apud heredem manere debeat. Neque hoc tamen perpetuum est. Duo sunt, ad quos certum est beneficium S. C. jure communi non pertinere; is, qui *a* coactus

y §. 7. Inst. h. tit. l. 11. C. eod. quippe pro ea tantùm parte, quæ restituta est, fideicommissarius heredis loco habetur l. 44. §. 1. paulò ante fin. eod.

z §. 9. Inst. l. 1. §. si heres. 16. ff. eod.

a Quia alieno periculo adit. l 4. l. 14. §. 4. l. 27. §. 2. eod. cum moderatione tamen l. 9. & l. 71. eod.

hereditatē adiit; & qui *b* sponte totam restituit. Duo item, de quibus dubitatum; is, cui interdicta est à testatore quartæ detractio; tum qui non confecto inventario intra tempus deliberationis hereditatem adiit. Sed non verebimur, quod de quarta Falcidiæ in eadem specie constitutum est ad quadrantem Trebelliani producere, ut neutro casu retineri possit *c*.

Cùm his exceptis cæteri in ea causa sint, ut quartæ retinendæ jus habeant, quæramus porrò, quanta sit hæc quarta, quomodo & quo ex tempore ratio ejus ineunda, tum quæ in eam imputentur, ac tandem retentâ quartâ aut non retentâ, quatenus onera transeant maneantvè. Quantitas quartæ æstimatur ex quantitate patrimonii: Hæc, prout sunt res, quæ ab eo deducuntur aut non deducuntur. In quo duplex cernitur differentia inter quartam Falcidiæ & S. C. Primùm cum ratio legis Falcidiæ ponitur, antè deduciter *d* æs alienum: in ratione quartæ fideicommissariæ patrimoniū, quale est, nullo onere deducto æstimatur. Secundò quantitas patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur *e*, mortis tempore spectatur, Trebelliani eo tempore, quo fit restitutio. Imputantur in quartā fideicommissariam non tantùm quæ jure hereditario capiuntur, sed & quæ jure *f* legati vel fideicommissi vel cōditionis implendæ causâ. In quo iterum manifestum discrimē est quartæ S.C.& Falci-

b l. 68. §. ult. h. t. sive sciēs, sive in jure errans: sicut fit in facto. cōgruit l. 60. ff. l. 1. 9. & ult. C. eod. Vulgo; licet, nec de his, quæ pietatis aut religionis intuitu relicta sunt, deduci. Peregr. de fid. art. 3. n. 63. Illud utiq; jure singulari receptum constat, ut ne heres militis testamento institutus Falcidiâ utatur. l. 6. C. de test. mil.

c Nō ubi prohibita est N. 1. c. 2. quæ quamvis de Falcidia loquatur, verisimile tamen est, Iustinianum veterum loquendi consuetudinem secutum, utramq; quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse vid. sup. c. 47 lit. p. argumento quoque est ratio prohibitionis, ut impleatur voluntas defuncti. d. c. 2. in fin. cui & hoc accedit, quod ubi minus oneratur heres, ibi majorem esse oporteat licentiam prohibendi, contrariam tamen sententiam receptiorem esse testatur Ferrar in for. lib. pro legato rei sing. n. 5. Non item, ubi inventarium non confectum. l. ult. §. pen. C. de jur. del. & hoc partim ex verbis, partim ex sententia sumitur, contraria a. sententia & hic crebrior putatur, vid. Gail. 2. obs. 138. Gom. 1. res. 5. Peregr. art. 3. n. 17. & seqq. *d § ult. Inst. de leg. Falc. l. ult. C. ad Treb. non n. ut fideicommissarios l. 44 §. 1. ff. h. t. ita legatarios onera sequuntur. l. ult. C. de her. act.* *e Hoc, & quod sequitur, est in §. 3. Inst. l. 30. l. 73. ad l. Falc. l. 22. §. 2. l. 58. §. 6. h. tit.* *f Quæcunque percipiuntur judicio defuncti. d. l. 22. §. 2. l. 91. l. 93. ad l. Falc. ergò & donatio conjugalis morte confirmata, arg. l. 32. §. 3. de don. l. 12 C. ad l. Falc. diss. Scip. Gent. 3. de don. int. vir. 30. igitur & legitima. arg. dd. ll. ideoq; duarum quartarum detractio Canonib. probata C. Raynutius. de testam. jure civili defendi non potest, usu tamen etiam apud nos recepta est.*

dia,

diæ, in quam ea tantùm imputantur, quæ capiuntur *g* jure hereditario. Sanè in prælegato obtinuit extra quartam fideicommissariam id esse, quod à coherede *h* accipitur. Retentâ quartâ scinduntur actiones & pro dodrante transferuntur in fideicommissarium, pro quadrante apud heredem remanent. Sin heres totam hereditatẽ aut sponte restituit, aut quia coactus, alieno periculo adiit, quidquid est onerum hereditariorum, id omne in fideicommissarium transit *i*.

g d.l.91. ratio differentiæ indicabitur. inf. c.60. *h d.l.58. §. 3. d.l.91. quod ex voluntate defuncti sumitur. vid. Don. nsit. ad l.24. C. fam. erc.* *i Hæc, & quæ præcedunt, sunt in § 7. Inst. l.4. l. 45. idem l.1 § 9. l.16. § 4. l. 28. ff. h. tit. l. 1. & 2. C. eod.*

CAP. LI.
De legatis & singulis rebus per fideicommissum relictis.

EXposita est ratio acquirendæ ex voluntate defuncti hereditatis. Liceat nunc, omisso tantisper legitimæ successionis modo, ad rerum singularum acquisitionem, quæ est ex legatis & fideicommissis deflectere, ut quod reliquum est volũtatis supremę, expleatur. Legatum *k* est donatio *l* quædam à defuncto legis modo, id est imperativè *m*, relicta. Genera † legatorum olim fuere quatuor; non verborum tantùm formulis, sed etiam naturâ & jure distincta; per vindicationẽ; per damnationẽ; sinendi modo; per præceptionem. Sed horum differentia unâ cum verborũ *n* solennitate posteà sublata est, cõstitutumque, ut omnium legatorũ, quibuscunq; verbis concipiantur, una eademq; sit ratio atque *o* natura. Fideicommissum hîc est, quo res singulæ *p* precativè relinquuntur. Quod licet verborum figurâ adhuc à legato discretũ sit, una tamen nunc est utriusque natura, unus idem-

k Definitio conflata partim ex §. 1. Inst. de leg. partim ex fragm. Vlp. eod tit. eadẽ ferè est in l. 36. de leg. 2. & l. 116. de leg. 1. licet verbis discrepet.

l Syncategorema, quod generi addi potest, cum definitum est extra species divisi generis, propter vocis homonymiã. Goclen. de mod. defin. can. 9. exc. 1. quatenus ergo aliquid confert, & causa est merè lucrativa, donatio quædam est. l. 1. de don. & hac parte distat ab hereditate. l. 32. ff. mand. l. 119. de V.S.

m Additur in d. §. 1. Ab herede præstanda, sed hoc ad quæstionem (quid est,) non pertinet. *† Vid. Vlp. d. loc. Gai. 2. tit. 5. & 7. §. 2. Inst. hoc tit.* *n Quæ sublata est l. 21. C. h. tit.* *o l. 1. C. com. de leg. quâ demum generum differentia tollitur. d. §. 2. Inst. h. tit.* *p Pr. & §. ult. Inst. de sing. reb. per fid. rel. Vlp. tit. 25.*

que

que *q* effectus. Proinde de utroque promiscuè ita dicemus, ut quod de uno genere dictum erit, id ad alterum quoque pertinere intelligatur.

Summa de hac parte juris quæstio duplex; una de ratione acquirendi legati aut fideicommissi; altera de jure quæsiti retinendi persequendivè. Acquisitio duabus rebus constat, delatione legati; & delati agnitione. Ad delationem tria necessaria, ut quid relictum sit à defunctò; ut jure; ut postea non sit infirmatum. quæ ratio quoque est cæterarũ rerum, quæ testamento aut codicillis relinquuntur. An quid legatum sit fideivè commissum cognoscitur, tum ex verbis defuncti, cujusmodi sunt ea, quibus vulgò in legatis & fideicommissis utimur: tum ex demonstratione, quæ vice verborum fungatur. Demonstratio aut in verbis est testatoris, aut in ejus facto. Verba testatoris, quæ conjecturâ voluntatis fideicommissum inducant prope *r* innumera. Factum ejus unum, nutus videlicet: nam & *s* nutu relinqui posse fideicommissum placuit. Sed hæc ita se habent, nisi voluntas testatoris refragetur. Ut refragari videatur, duo hæc faciunt; error in re aut persona, & voluntas posterior priori contraria. Neque tamen omnis error aut voluntate deficitur, aut legato officit. Interest enim utrum in corpore rei, aut in corpore personavè legatarii testator erraverit, an in rei dominio, an denique in nomine. Si in corpore rei aut persona legatarii erratum sit *t*, irritum est legatum, quia talis error consensum non habet. Idem est, si quis in dominio rei errans rem alienam tanquam *u* suam legaverit: nisi fortè conjunctæ personæ relicta sit, cui legaturus fuisset, etiamsi alienam esse scisset. Error in nomine non eodem jure omnis habetur. nam si in *x* proprio nomine quis erraverit, nihilominùs valebit *y* legatum: sin

q l.2.C.com. de leg. §. 3. Inst. h. tit. Quæ olim fuere differētia, eas diligenter congessit, & sub uno aspectu collocavit Turam. de ex æq. leg. c.1. & 3. seq. Dubium a. non est, quin l.1. ff. de leg. 1. à Tribon. interpolata sit. Duar. 2. disp. c.9 Turam. c.6. n.7.

r Vid. Mattheac. Epit. leg. lib.1. c.3.

s l. nutu. 21. de leg. 3. multo magis igitur probandũ est valere fideicommissum in specie l. 39. §. 1. eod. tit.

t l.4. de leg. 1. l.9. in pr. de her. inst. idem est, si in consanguinitate legatarii erraverit.

u arg. l 4. C. de her. inst. quia nec hic error consensũ habet. l. 15. ff. de jurisd.

u §.4. vers. quod a. Inst. h. tit. de quo inf. c.53. *x Quod differentiã duntaxat accidentalem significat, & res sive persona singularis designandæ causâ repetitũ est, ut Titius, Mævia, fundus Tusculanus.* *y Si constet de quo senserit testator §. siquidẽ. 29. Inst. eod. l.4. C. de testam.*

in † appellativo, puta si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, non valebit z. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Si diversæ scripturæ inciderint invicem contrariæ, novissimam a valere placuit: usque adeò, ut si nominatim ita cavero, Quod Titio infra legavero, id neque do neque lego: in posteriore autem scriptura nominatim adjecero, pœnitere me prioris derogationis, posterior scriptura ex nova voluntate potior b habeatur, cùm nemo eam sibi legem dicere possit, ut à priore ei non liceat recedere.

† Cujusmodi nomina substantiam rei sive essentiam significāt, nec ex opinionibus singulorū, sed ex communi usu exaudiri debent. l. 7. §. 2. de sup. leg. ut fundus, homo, vestis, supellex.
z d. l. 4. de leg. 1. Hominum vocabula ea sunt, quæ dicuntur propria, utpote quæ thesi constant, id est, arbitrio privatorum hominum imponuntur; eademq; libertate mutantur, rerum a. vocabula nomina sunt appellativa, quæ publica sunt ac communia, & naturâ ferè constant: nam, ut Cratylus apud Platoni major quadam vis, quam humana prima rebus nomina imposuit, & Varro 5. de ling. Lat. disertè affirmat, naturam rerum ducem fuisse ad vocabula imponenda homini. Flexa a. tametsi thesi pleraque constent, publicè tamen ab omnibus imposita sunt. & sive fortuito, sive prudenter id factum sit, eadem semper maneant necesse est, quia rerum impositio naturæ consona habetur, quamvis non omnium ratio reddi potest. a l. 12. §. 3. de leg. 1. nam quamdiu vivit, mutare voluntatem testator potest. l. 4. de adim. leg. nec aliud servatur in pactis l. 12. C. de pact. b l. 21. de leg. 3. ubi & ratio redditur. Quid a. si id nominatim non expressero? non valebit posterior scriptura d. l. 12. d. l. 22. diff. Cui. 14. obs. 7. plura de clausula derogatoria vid. apud Mantic. 12. de conj. ult. vol. tit. 8.

CAP. LII.

Quis, cui, à quo legare possit.

NOn est satis ad delationem legati relictum quid esse à defuncto: alterum exigitur, ut relictum sit jure. In quo quatuor hæc spectanda; personæ, quibus legatum constat; res legata; forma legandi postremò finis. Personæ tres; legantis; legatarii; ejus, à quo legatur. Ad personam legantis quod attinet, sciendum est eos demum legare aut fideicommissum relinquere posse, qui c testandi jus habent. Utrum autem habuerint, eo tempore inspiciendum, quo legatum d reliquerunt. Legari potest omnibus cum quibus testamenti e factio est; idque

c l. 2. de leg. 1 l. 1. de leg. 3. d d. l. 1. §. 1. & 5. sanè si filiusf. aut servus fideic. codicillis reliquerint, & sui juris facti in eadem voluntate duraverint, placet fideic. valere secus verò, si testamento, quippe quod nudâ voluntate nec constituitur, nec cōfirmatur. d l. 1. §. 1. e §. 24. Inst. h. tit. vel passiva tantùm §. 4. Inst. de her. qual. igitur & servo ejus, cui legari potest l. 12. §. 3. de leg. 1. & hereditario l. 110. §. 3. civitatibus, collegiis l. 117. l. 122. d. tit. l. 8. C. de her. inst. vid. sup cap. 38.

duobus

duobus *f* temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit legatum: mortis testatoris, ut exitum habeat. Si quis alterutro horum temporum testamenti factionem non habuerit, inutile est legatum *g*.

Eorum, à quibus legatum relinqui potest, duo sunt *h* genera: unum eorum, quibus aliquid *i* datur: alterum eorum, quibus, cum possit, non adimitur. In priori *k* genere sunt in primis heredes instituti, nec nostri tantum, sed & quos pater filio impuberi heredi instituto *l* substituit. Secundò legatarii & fideicommissarii. Tertiò eorum omnium heredes. Quartò exemplo legatariorum, donatarii mortis causâ. Postremò debitor defuncti, quasi liberatio huic ante relicta videatur. In altero *m* genere sunt heredes *n* legitimi tam remotiores quã *o* proximi; bonorum possessores, qui ab intestato vocantur, item legitimi heredes impuberis à patre heredis instituti. Cæterùm alio herede instituto, à legitimo non recte *p* relinquitur, præterquam si rogatus fuerit tanquam *q* heres. Sed & fisci fideicommitti potest, si quis intestatus decedens sciat bona sua, tanquam vacantia, ad eum perventura, quippe & hîc defunctus heredem instituendo efficere potuit, ne bona vacarent. Ob eandem causam & filiusfa. qui de bonis castrensibus testari potest, intestatus

f Arg. d. §. 4. & l. 49. §. 1. ff. de lur. Inst. Atqui & in heredis institutione etiam aditæ hereditatis tempus inspicitur, nimirum jus heredis eo maximè tempore spectandum, quo acquirit hereditatem. legati verò dies (purè aut in diem relicti) statim à morte testatoris cedit. l. un. §. 1. C. de cad. coll. & ex eo tempore aditâ quandoque hereditate creditur jus acquisitum intelligitur ei, cui statim acquiri potuisset. l. 5. §. ult. quando dies leg.

g *Media a. tempora non nocent d §. 4. d. l. 49. §. 1. perdit a. ista regula officium suum 1. in specie leg. 54. de leg 2. tum in specie l. 104. de cond. & dem. 3. in specie l. 42. de leg. 2. l. 28. de leg. 3. quæ, quia hodiè vix usum habent, indicasse suffecerit.* h *Ut apparet ex l 9 C. de fid. l. 1. §. 6. de leg. 3.* i *Iudicio sc. defuncti, non si fortuitò ut aliunde quid consequantur l. 2. in fin. de dot prael. l. 6. de leg. 3. non si invito testatore in partem vocentur, ut adrogatus in quartam ex const. D. Pii. §. 3. Inst. de adop. patronus in dimidiam aut tertiam § 1. & 3. Inst. de suc. lib. liberi in trientem aut semissem. Nov. 18. junct. l. 32. C. inoff. Matthae. 2. ep. leg. 1. n. 24.* k *Quod ordine indicant d. l. 9 l. 34. & seq de vulg. l. 11. §. 5. ad l. falc. princ. Inst. de sing reb. l. 5. pr. & §. 1. de leg 3. l. 77. §. 1. de leg 2. l. 77. de leg. 1. l 37. §. 3. eod. 3.* l *Qui cum sint heredes substituti, heredes quoque sunt testatoris, juxta reg. l. ult. C. de her. Inst. secus est in substitutis exheredato. l 126. de leg. 1. ratio est in l. 87. §. 7. ad l. Falc. tametsi exheredato quid legatum sit. d. l. 87. l. 24. C h tit. nec obstat, quod ab exheredato hactenus relinqui potest l. 41. §. 3. de vulg. vid. Vigl. ad § 4. Inst de pup. n. 3.* m *Hi indicantur l. 92. §. ult. de leg. 1. l. 1. §. 7. & 8. de leg. 3. l. 114. pr. §. 2. l 99. §. ult l. 21. de leg.* n *Non solùm nati, sed etiam nascituri l. pen. de leg. 1. neq; de eo ulla hodie dubitatio. §. 26. & 28. Inst. h. t.* o *Non alii tamen, quam rogati. d. l. 1. §. pen. de leg. 3.* p *Etsi ees postea redierit ad causam intestati l. 2 l. 6. §. ult. d 1. ubi & ratio additur.* q *Puta si his verbis usus sit testator, Quisquis mihi heres erit. l. 24. C. de fideit.*

decedens à parte rectè relinquit. Hoc amplius & ii, qui mortis causa capiunt, id est, quibus conditionis implendę causâ pecunia legata est, rogari possūt, ut eam filii restituant: nempe quia & hic testatori liceat dandi conditionē detrahere. Postremò si quid servo aut filiofa. legatum est, fideicommitti patris vel domini potest: cadē plane ratione, quia efficere testator potuit datum adimendo, ne per eos ad patrem dominumvè perveniret. At quantum est, quod ab utroque genere personarum relinqui potest? Et ab heredibus quidem supra dodrantē legari lex *r* Falcidia prohibuit: cæteri rogari possunt, ut etiam id ipsum, quod perceperunt, aut *s* tantundem restituant. Hoc solùm observandum, ne quis supra id, quod accepit, oneretur. Planè si proponas eum, cui certa pecunia legata est, rogatum rem aliquam, quæ ejus propria sit, restituere: isque legatum agnoverit, restituere eam, quamvis *t* majoris pretii sit, cogitur. Idem est, si è converso res certa cum pecunia *u* cōferatur. nempe quia tanti videtur & testator legando & ille agnoscendo rem æstimasse.

r De qua agetur infr. c. 59.
s Neque hi beneficio Falcidiæ utuntur. l. 47. §. ult. ad l. Falc. quod sequitur, est in §. 1. Inst. de sing. reb. per fid. rel. l. 114. §. 3. in fin. de leg. 1.
t l. 70. §. 1. de leg. 2. l. 36. in pr. & §. 1. ad l. Falc.
u Cujus rei argumentum non obscurum in l. 33. de min. vid. Ant. Fab. 17. conj. 7.

CAP. LIII.

Quæ res dari legari possint, ubi & de Regula Catoniana.

DIctum est de personis, quibus legatum constat: de rebus, quæ dari legari possint, deinceps videndum. Harum rerum duo genera; res speciatim ita dictæ, & facta. In rebus tria hæc inesse oportet; ut naturâ parari possint; ut ne prohibitæ alienari; ut emolumentum aliquod adferant legatario: quibus cognitis, in utramque partem res erit expedita. Primum igitur ex definitione proposita intelligitur earum rerum nullum esse legatum, quæ in rerum natura *x* non sunt nec esse *y* possunt; ut si bos legetur, qui mortuus sit; aut usufructus, qui morte fructuarii extinguitur. Idemque juris esse, si res, cujus nullum

x Arg. §. 1. Inst. de inut. stip. l. 103. de V. O. l. 24. §. 3. de leg. 1.
y Nam si futuræ sperantur, ut fructus nascituri, legari possunt. d. l. 24. §. 7. Inst. h. tit.

lum est z commercium, legetur; cujusmodi sunt res divini juris; reip. principis. Quod si non in totum res commercio exempta sit; sed certæ alicujus personæ tantùm, interest heres is sit, an legatarius: si heres, utile nihilominùs est legatum: sin legatarius *a*, nihil debitur. In eodem numero sunt & res hostium, præterquam si quo casu emi *b* possint. Item si quæ aliàs prohibitæ legari, ut ea, quæ *c* ædificii juncta sunt: unâ atque altera specie exceptâ; si quid legatum est ad opus publicum faciendum; aut ex iis ædibus, quæ, quod in publico ædificatæ sint, destrui debeant.

Sed ut superiora non obstent, nullum tamen est legatum, si nihil *d* utilitatis inde percipiat legatarius. quod accidit in duobus generibus; in legato rei *e* nostræ; & nobis debitæ: utiq; si nihil in his plus est, quã quod nostrum sit, aut nobis debeatur. Sin autem res aut non perfectè nostra sit, puta non ita, quin avocari possit; aut si *f* emphyteusis, superficies, pignus, ususfructus alteri in ea constitutus, tum utiliter ea legatur. Idem juris est, si plus erit in legato rei nobis *g* debitæ, quam in debito. Ut plus sit, efficitur aut potestate novæ actionis, aut debiti repræsentatione. Potestate novæ actionis, si ea aut efficacior est, aut plenior. Efficacior est. si vetus exceptione *h* removeri poterat. Plenior, si aut diuturnior, ut sæpè est *i* actio ex testamẽto actione honorariâ: aut aliàs uberior, ut legati & fideicommissi persecutio quâvis aliâ actione stricti juris: ut pote in qua neq; usuræ ex mora, neq; fructus *k* præ-

z Usq; adeò, ut nec æstimatio debeatur. l. 39. §. 8 & seqq. de leg. 1. §. 4. Inst. eod. Idẽ probandũ est & si feudum alicui legatũ sit. Gail. 2. obs. 15. Fach. 5. cõt. 3. diff. Peregr. art. 11 & Mathcat. 2. epit. leg. 19.
a Distinctio hæc est in l. 49. §. 2. & 3. de leg. 2. eademq; & in stipulationibus servatur. l. 34. de V. O. ubi præ cæteris acutè hac de re disputat Don nost.
b l. 104. §. 2. de leg. 1. ut merces exteræ. legatũ a. rei nostræ, quæ apud hostes est, consistit jure postliminii l. 9 l. 98. d. t. Duar. ad. d. l. 9.
c l. 4. § 1. d. tit. ne ruinis publicus deformetur aspectus l. 2. C de ad. priv. Cujac 5 obs. 26. exceptione subjectæ sunt in d. l. 41 §. 5. l. 11. §. 14. de leg. 3. d l. 1. § 10. ad l. Falc. quod & satis arguit definitio legati §. 1. Inst. hoc tit. l. 36. de leg 2. e d. l. 41. §. 2 10. Inst eod. nec igitur si post testamentũ factum alienatâ fuerit, legatũ convalescit. De re debita legata est in §. 14. Inst. eod. f De usufructu nihil disertè scriptũ: sed vel major in eo ratio est, quam in pignore arg. l. 76. §. 2 de leg. 2. cætera apertè tradita l. 82. §. 1 l. 71. §. pen. l 86. in pr. & § ult. de leg. 1. g d §. 14. d. l. 1, §. 10. ad l. falc. h Quæ remissa creditori legato credito intelligitur l. 28. de leg. 1. i Quæ civilis est & perpetua, actio honoraria sæpè annalis d. l. 28. junct. l. 35. ff. de obl. & act. k l. 38. §. 7. de usur in actionẽ autem ex testamento veniunt. l. 3. l. 34 d tit. hinc si id, quod ex stipulatu debebatur, legatũ fuerit creditori, utile est legatum, propter incrementũ usurarum & fructuum, & generaliter toties valebit legatum, quoties creditoris interest ex testamẽto potius agere, quã ex pristina obligatione. l. 11. de lib. leg. l 28. & 29. de leg. 1 obstare tamẽ videtur responsum Scæv. l. 28. §. pen. de lib. leg. videri potest Duar. ad d. l 28. & 29.

stantur. Est & in eo nonnihil commodi, quod res, quæ testatoris fuit, legatæ dominium *l* statim transeat in legatarium, quod non item creditoribus ex contractu tributum *m*. Repræsentatione plus est in legato, quam in debito, si id, quod sub conditione aut in diem aut loco longinquiore debebatur, pure *n* legetur aut die locove citeriore. Quid igitur si dies vivo testatore venerit, aut conditio extiterit? Placuit *o* utile nihilominùs esse legatum, quia semel constitit. Cùm à superioribus rebus discesseris, cæteræ in ea causa sunt; ut rectè legentur: corporales sint, an incorporales, præsentes, an futuræ, nostræ an alienæ, liberæ, an pignori obligatæ nihil *p* interest. Sed sciendum est, alienæ rei legatum hanc conditionem habere, si testator non ignorabat alienam esse: forsitan enim, si scivisset, non *q* legasset. Utique tamen si tali *r* personæ relictum sit, cui legaturus fuisse præsumatur, etiamsi si scivisset alienam esse, conjectura voluntatis efficit, ut legatum debeatur. Idem est, si quis rem *s* heredis, tanquam suam legaverit. E converso autem, si quis rem suam legaverit, quam alienam esse aut legatarii putabat, plus hîc dicimus esse in veritate, quam in opinione: ac proinde utile esse legatum *t*.

Non solùm res, sed etiam facta, ut diximus, legari possunt, ut qui jussus est facere, parere debeat. Verùm nec facta omnia rectè jubentur: non ea, quæ sunt

l l.3. §.2. de leg. 3. & si verò hæc legata ob superiora commoda sustinentur, nequaquam tamen aut Falcidiâ minuuntur, aut fideicommitti hujus creditoris potest. d. l. 28. §.1. d. l.3. §. 2. quia accessiones non tã ex legato, quã officio judicis ob morã præstantur. l.54. locat.

m Repræsentare est ante diem solvere. l. 8. § 3. de transact. & accelerationẽ quandam significat. sic Cic. Phil. 2. repræsentare libertatem: Curt. lib.5. repræsentare consilium dixit, pro ante diem exequi.

n d. §.14. d. l.29. legatum quoque dotis propter repræsentationem valet. §.25. Inst. eod l.1.§ 2. de dot. præl. nam dotis solutio dilationem ex lege habet. l. un §. exacìlio C. de rei ux. act. atque in his legatis solus modus repræsentationis in computationẽ Falcidiæ venit. d. l. 1. § 10. ad l. Falc. *o d. §. 14. l. §. 5. tit. neque tamen ut Falcidia inde deduci, aut creditor fideicommisso onerari possit. d. l. 28. §. 1 d l. 3. §. 2. hactenus n. inutile est & vera Paul. sententia in l. 82. de leg. 2 sed ut ex testamento peti possit: quatenus approbata est Papiniani, Pauli rejecta. d. §. 14.* *p Ut ex his locis manifestum est. l. 41. pr l. 57. de leg. 1. l. 67. §. 8. & ult de leg. 2. §. ult. Inst. de serv. §. 4. 7. 21 Inst h. t. & tot. tit. ff. de lib. leg.* *q d. § 4. d. l. 67. l. 10. C. h. probatio a. scientiæ incumbit legatario. d. §. 4. vid. tamen Vasq. 3. de succ. progr. §. 27. n. 40.* *r Parenti puta, aut uxori aut alias conjunctæ personæ. d. l. 10. idq; etiam ad legata in piam causam relicta traducunt. Vasq. d. loc.* *s Conjecturâ ductâ ex persona domini ejusdemq; heredis, qui non oneratur redemptione. d. l. 67. §. 8.* *t §. 10. Inst. h. utique multò facilius legaturus fuisse præsumitur, si suum esse scivisset. d. l. 67.*

legibus

legibus & honestati *u* contraria: non quæ inutilia aut præter nudum præceptum nihil in se *x* habentia: non denique quæ æstimari non possunt, ut si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, aut extraneum *y* adoptare. Reliqua omnia eâ conditione sunt, ut utiliter in fideicommissum deducantur.

Exoritur hoc loco quæstio, quæ cum ad personas tum ad res legatas communiter attinet, Utrum si illi, cui legari non potest, quid relictum sit, aut res, quæ in fideicommissum deduci non potest, legata, tale legatum, ut ab initio nullum est, ita & perpetuò eodem jure maneat: an mutatâ quandoque personæ aut rei conditione convalescat? Et de tota hac re Catoniana regula sic *z* definit; Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere. Quæ definitio in quibusdam falsa est. Quid enim, si mihi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore meus est, sub hac *a* conditione, si eum vivo testatore alienavero? aut quid si *b* ususfructus deportato legatus, isque ante aditam hereditatem in civitatem sit restitutus? Placuit Catonis regulam neque ad conditionales institutiones aut conditionalia *c* legata, neque ad ea, quorum dies non mortis tempore, sed post *d* aditam demum hereditatem cedit, pertinere.

u l. 112. §. pen, & ult. de leg. 1. exempl. in l. 2. C. de adis. priv. l. 27. de cond. Inst.

x l. 113. §. ult. l. 114. §. 14. de leg. 1. quib. locis hoc exemplis, illustratur.

y d l. 114. §. 8. l. 92. de cond. & dem. l. 41. §. 8. de leg. 3.

z l. 1. ff. de reg. Cat. exempl in l. 41. §. 1. de leg. 1. §. 32. Inst. h. t.

a Sic accipe d. l. 1. § ult. de reg Cat. l. 28. de cond. & dem.

b Veteres exemplo utuntur in servo, qui liber esse jussus sub cōditione, legatum purè accepit. l. 91. §. 1. de leg. 1. l. 86. de cond. & dem.

c In quibus non testamenti facti tempus, sed conditionis spectatur l. 4 de reg. Cat d. l. 98.

d l. 3. d. tit. quia & hac tacitam hanc conditionem habent, si hereditas adita fuerit: ut pote quorum dies antè nec cessit nec venit. l. un. C. de cad. toll. §. 6. l. 2. 3. ff. quand. di. leg.

CAP. LIV.

De forma seu modo & fine legandi

HActenus de personis ad legati vim pertinētibus, tum de rebus, quæ legari possunt: in quibus est tum efficiens tum materia legati. sequitur forma & finis. Forma versatur tum in supremæ voluntatis solennibus; tum in certitudine & incertitudine legati;

tum in rebus legato extrinsecus adjunctis. Solennia duo, ut aut testamento relinquantur aut codicillis, alterutro judicio in suo genere *e* perfecto. Incertitudo legatum vitiat, si tanta sit, ut non intelligatur *f* quid aut cui legatum sit. Extrinsecus adjiciuntur legato hæc quinque: demonstratio; causa; modus; dies; conditio. Ex quibus duo illa, demonstratio & causa, juvandi legati gratiâ adjiciuntur, cætera temperandi ac velis minuendi.

Demonstratio est adjectio omnis, quæ extra nomẽ, rei *g* designandæ causâ adhibetur. Hic ita habendum, Falsâ demonstratione legatum non *h* perimi: nisi ea aut in conditionẽ *i* exeat; aut res certa designata loc̃oque certo circumscripta sit, quæ *k* nulla ibi reperiatur; aut, tametsi vera sit demõstratio, sed *l* turpi signo legatarius demonstretur *m*. Causa legandi, est ratio legandi ex præterito sumta & à legato separata: proinde quod juris est in demonstratione, hoc vel magis esse debet in *n* falsa causa: ut tamen & hîc *o* conditionalis enunciatio obsit legato. Quod si *p* aliunde appareat, testatorem aliàs legaturum non fuisse, parata est heredi doli mali exceptio. Modus legandi, est causa legandi in futurum *q* collata, cui nisi pareat legatarius, legati repetitio est. Dies *r* certus adjectus efficit, ne legatum ante diem existentem peti possit. Conditio adjecta, ut omninò ante conditionis eventum non debeatur. Si ad diem aut certam conditionem relictum est, post diem aut conditionem existen-

e l. 29. qui test. fac. l. 23. de leg 3. l. 23. C. de fideic. vid. tamen cap. 35. in fin sup.

f l. 2. de his quæ pro non scrip. l. 4 de reb. dub. ut si legetur nullâ quantitate adjectâ, quod Titius debet, nec is quicquam debeat, l. 71. §. 1. de leg. 1. alia exempla suppeditant. d. l. 71. pr l. 10. l. 27. de reb. dub.

g l. 17. de cond. & dem. ideoq; vice nominis fungitur. l. 34. eod. tit.

h §. 30. Inst. h. tit. d. l. 17. §. 1. l. 33. de cond. & dem. quod & in errore nominis custoditur. §. 29. Inst. eod.

i Arg d. l. 17. §. 2. §. 31. Inst. h. tit. l. 6. de leg. 1.

k l. 108. §. 10. de leg. 1. l. 1. § 7. de dot. præl. aut si Titio, quod mihi Sejus debet, legavero, cum is nihil debeat, l. 75. § 2. de leg. 1. l. 25. de lib leg. *l l. 54. de leg. 1. quod & institutionem heredis vitiat. ut dictum est cap. 18.* *m Ea est, quam procatarcticen dialectici appellant, alias aphorme & occasio dicitur.* *n d. §. 31. d. l. 17. quia ratio legandi legato non cohæret, l. 72. §. falsam. de cond & dem. nec causa impulsiva tanta vis esse potest, ut voluntatem evertat. Wesenb. ad. d. §. 31. & in par. in d. tit.* *o d. §. 31. d. l. 17. § 2. cujusmodi omnis est, quando quid fieri volumus, priusquam quid aliud sequatur. unde perspicuum est conditione causam finalem contineri, quâ non impletâ legatum deficiat. l. 44. § ult. d. tit. arg. l 32 de pact.* *p Ex sermonibus fortè testatoris. d. l. 72 § falsum.* *q Et pars ordinationis, ideoq; pro causa finali habetur. ut Titio C. lego, ut mihi monumentum extruat. d. l. 17. § ult. l. 27 d. tit.* *r De vi diei aut conditionis adjectæ tractatur inf. c. 61.*

tem

tem ipso quidem jure deberi non desinit: sed petenti obstabit doli mali exceptio *s*.

Non omnis verò conditio utiliter adjicitur: quædã enim in ea causa sunt, ut pro non adjectis habeantur: cujusmodi est impossibilis naturâ aut jure: quædam adjectæ legatum vitiant, ut captatoria, & in alienam voluntatem collata: omnia ferè similiter, ut in heredum *t* institutione. Legati in alienam voluntatẽ collati peculiaris consideratio in hoc, quod in legatarii voluntatem etiam aperta conditione collatum valeat, sed efficiatur *u* conditionale: in heredis aut extranci voluntate positum *x* non valeat, priore quidem casu nullo *y* modo, posteriore, si condito alienæ voluntatis verbis exprimatur: cæterum si omissâ hâc expressione quid legatum sit, tametsi ea conditio tacite *z* insit, placet nihilominus valere legatum.

Finis legandi, est propositum liberalitatis exercendæ: ut ostendit legati definitio. Si quid igitur adscripserit testator, quod huic fini adversetur, inutile erit legatum. Cujus generis sunt legata turpa, quæ notandi legatarii gratia scribuntur; item *a* captatoria. Tametsi enim hæc genera ad formam legati pertinent, quatenus in iis est demonstratio aut conditio: tamen qua parte propositũ defuncti spectamus, huc omninò sunt referenda. In eadem causa olim fuit, quod pœnæ nomine, id est, coërcendi *b* heredis causâ relinquebatur: sed hoc postea emandatũ est, constitutumque, ut ea, quæ pœnę nomine relinquuntur, perinde ut cętera legata *c* valeant: exceptis videlicet iis, quæ *d* impossi-

s Sicut & in aliis similibus obligationibus l. 44. §. 1. de obl. & act. junct. l 55. de leg. 1. t Vid. sup. c. 38. u Eundemq́; effectum habeat. l. 65. de leg. 1. l. 69. de cond. & dem. x l 43. §. 2. de leg. 1. l. 52. de cond. & dem. arg. l. 32. de her. inst voluntatem autẽ accipimus integram & plenam nam in arbitrium alienum itam expressa conditione collatum y let. l. 1. de leg. 2. add. l 11. §. 7. de leg 3. y d. l. 42. §. sive testator ita leget, Si heres voluerit. arg. l. 8. de obl & act. sive ita, Si heres Capitolium ascẽderit, quamvis legatũ pœnæ hodie valeat §. ult. Inst h. t. Cæterùm detractâ conditione nihil prohibet præstationem legati in voluntatem haredis conferre, hoc modo, Cùm voluerit. d. l. 11. §. 6. z d. l 52. ut Si Mævius Capitolium ascenderit, quæ conditio non in voluntatem Mævii, sed ad factum confertur. idemq́; & in heredum institutione receptum. adde Robert. 2 sent. 10. Duar c. 4. de cond. inst. a De utroque hoc genere dictum sup. cap. 38. b Ubi nulla alia causa erat relinquendi, non ut legatum ad alium pertineret. Ulpian. in frag. tit. de leg. exempla in §. ult. Inst. eod. ratio apud Theoph ibid. c d. §. ult. l. un. C. de his quæ pœnæ nom. & verò iniquum non est eum, qui legatum accepit, onus impositum pro modo relicti subire, & implere non inhonestam defuncti voluntatem. Mynsing. d loc. d dd. ll. & alias impossibilium nulla obligatio l. 185. de R. I.

bilia sunt, aut legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Postremò, si quod testator per se non potuit, id per legatarium fieri voluit, etiã hic finis obstat legato, ut neque id, quod relictum est, neque onus legatario impositũ valeat: quasi legato in fraudem legis composito *e*.

CAP. LV.

Quibus modis legata infirmentur.

SUperest ad vim legati, ut, quod ab initio jure constitit, ad extremum tale perseveret. Hinc quibus modis semel rectè constitutũ, eventu infirmetur, cognoscendum. Id verò bifariam contingere potest; aut ita, ut ne ab initio quidem debeatur; vel ut deberi cœptum, postea deberi desinat. Ut ne ab initio debeatur, fit aut casu, aut voluntate testatoris. Casu, si testamẽtum aut codicilli, quibus aliquid relictum est *f*, infirmentur. Una hîc *g* exceptio est, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exheredationis; tum enim sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere. Voluntas defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum *h* exitum; ideoque quod semel alicui dedit, id ei adimere aut in alium transferre non *i* prohibetur. Declaratur hæc voluntas non *k* verbis tantùm, sed etiam rebus & factis. Verbis quidem, dum apertè testatur, se aut adimere, quod dedit, aut in alium transferre. Facta eandem voluntatẽ indicantia sunt ferè hæc: si capitales aut *l* graves inimicitiæ inter testatorẽ & legatarium intercesserint, non reconciliatâ ante mortem gratiâ: si testator rem legatam *m* destruxerit, aut rem mobilem legatã in aliam speciem transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non *n* possit: si rem legatam adimendi animo

e l. 102. de leg. 1. l. 88. §. 13. de leg. 2. l. 33. eod. ex quibus locis & exempl. petuntur.

f Aut ab initio non consistunt. l. 17. de inj. rup. l. 17. de inj. rup. l. 1. de ruo l. 1. de post. her. l. 8. §. ult. cod. tab. l. 41. C. de fideic. l. 181. de R. I.
g Cujus fit mentio sup. cap. 35. in fin.
h l. 3. §. ult. & l. seq. ff. hoc tit. de adim. leg.
i Nudâ sc. voluntate d. l. 3. §. ult. l. 18. ff. de leg. 3 quamvis ea ad infirmandum testamẽtum non valeat. §. pen. Inst. quib. mod. test. inf. cujus rei ratio in l. 35. de R. I.
k De quibus est in Inst. h tit. & l. 6. ff. eod.
l d. l. 3. §. ult. l. 22. eod. l. 9 in pr. & §. 1. de his quæ ut ind. add. Menoch. 3. præs. 37. n. 26 & seqq.
m Nisi aliud sensisse testatorem fuerit adprobatum. l. 65 §. ult de leg. 1. l. 88 §. 2. de leg. 3 secus est, si refecerit tantum: ratio est in l. 76. de judic. ubi vid. quæ notat Gothof.
n d. l. 88. pr §. 1. & ult l. 44. §. 2. de leg. 1. ratio in l. 78. §. 4. de leg 3. aliud est, si areæ legatæ domus imposita sit: tunc n. & superficiem deberi placet. d. l. 44. §. 4. l. 39. de leg 2. ut pote quæ areæ accessionis jure cedat, l. 98. §. ult. de solut. nec obstat. 79. §. § pen. de leg. 3 vid. Duar. ad l. 8. de leg 1.

animo

animo *o* alienaverit. Totiens autem adimendi animum habuisse intelligitur, quotiens nullâ urgente necessitate alienavit, puta si vivus alii *p* donaverit: sin verò necessitate rei familiaris compulsus *q* vendidit eam, nihilominùs debebitur: utrumq; ita, nisi aut hîc alienandi animus ab heredibus, aut illîc non alienandi à legatario *r* probetur. Postremò si quis nomen debitoris sui à se legatum exegerit: sed & hoc ita, nisi probetur, non hoc animo fuisse, quasi voluerit extinguere *s* legatum.

Ut id, quod semel deberi cœpit, desinat posteà deberi, efficit aut eadem voluntas testatoris, aut culpâ legatarii. Voluntas in legatis annuis & similibus ad certam diem aut conditionem relictis: nam quamvis hujusmodi legata & statim debeantur & peti possint, nec postea ipso jure deberi desinant, post diem tamen aut conditionem existentem inutiliter petuntur, propositâ heredi *t* doli mali exceptione. Ex eadem voluntate repetitio est legati sub *u* modo relicti, si legatarius modo non paruerit: sed nec ante admittitur ad legatum, quam si *x* caverit, se modo secundum voluntatem defuncti pariturum Culpâ legatarii, si se judicio defuncti indignum præbuerit. quod accidit ex his factis: si testamentum ejus oppugnavit aut ipse falsi accusando, aut accusatoris intentionem quoquo modo juvando, aut inofficiosum dicendo, aut cum judex esset, falsum pronunciando: ex quibus causis legatum fisco vindicatur. Item si testamentum celavit, quod posteà emerserit: si cùm tutor datus esset, excusavit se à tutela: ex hac causa legatum pupillo assignatur, ex illa apud heredem remanet *y*.

o §. 12. Inst. de leg. 11 §. fi rem. de leg 3. nec tantùm rei principalis legatum extinguitur, sed unà etiam accessiones. l. 1. & 2. de pec. leg. alioqui ex pluribus rebus æquè principaliter legatis unâ alienatâ cęterum legatum adhuc durat. l. 3. & 4. d tit. l. 62. & seq. de leg. 1. §. 17. Inst. de lig.

p Nam in necessitatibus nemo liberalis existit. l. 18. ff. h tit.

q Aut pignori dedit. d. §. 17. l. 3. C. de legat.

r d. l. 11. §. fi rem. 12. l 15. h. tit.

s d. l. 11. §. 13. ubi & quibus conjecturis id assequamur ostenditur.

t l. 55. de leg. 1. l. 44. de obl. & de act. junct. l. 1. de dol. exc.

u Quod tamē purum est, & peti potest etiam ante, quam legatarius modum implevit, l. 48. de fid. her. nam quod dicitur in l. 1. C. de his quæ sub mod. modum pro conditione observari, non ad petitionem, sed ad exitum legati referendum est.

x d. l. 48. nec sufficit nuda cautio, sed satisdatio exigitur. l. 40. §. ult. de cond. & dem. add. Chiflet. 2. de jur. fid. c. 22.

y Quæ omnia lucidè intelligi poterunt ex seqq. loc. l. 5. §. 1. & 2. l. 6. 8 10. & 2. seqq. de his quæ ut ind. l. 22. de inoff. l. 8. & pen. C. de leg. sunt & alia causa apud VVesenb. in parat. de his quæ ut ina.

CAP. LVI.

De agnoſcendo aut repudiando legato.

COgnitio eorum, quæ ad conſtitutionem & delationem legati valent, viam nobis ad acquſitionem, quam quærimus aperuit; tranſeamus nunc ad alteram partem, quæ hanc acquiſitionem perficiat. Ea eſt legati delati ſuſceptio ſive agnitio. De qua parte triplex eſt quæſtio; quando legatum agnoſci poſſit; quatenus, quis agnitionis effectus. Agnoſci legatum utiliter poteſt, cùm in ea cauſa eſt, ut acquiri poſſit: poſſe autem intelligitur, cum & delatum eſt jure, nec poſtea repudiatum. Si purè relictum eſt, & voluntas valuit, delatum intelligitur jã inde ab † adita hereditate. Si in diem aut ſub conditione, ubi dies venerit, aut conditio *z* extiterit. Si unum eſt legatum, aut totum agnoſcendum eſt, aut à toto *a* abſtinendum: ſin plura, uno repudiato, alterum amplecti nemo *b* prohibetur: niſi unũ ex iis *c* onus habeat, quod repellatur. Effectus agnitionis eſt, ut, ſiquidem res certa legata eſt, quæ *d* teſtatoris fuerit, ejus rei *e* dominium rectâ via ab eo, qui legavit certò & perfectè ad legatarium *f* tranſeat, nunquam factum heredis. In † cæteris rebus legatis prodita eſt una in perſonã actio nata ex obligatione.

Quæ in agnoſcendo legato ſunt leges, eædem ſunt

† *Atqui dies legati purè vel in diem relicti à morte teſtatoris cedit. l. un. §. 1. C. de Cad. toll. ergo & exinde defertur. ita arg. Bachov. cont. Treutl. ad tit. 2. de leg. ſed fallitur. nam à ceſſione ad delationem nihil rectè inferri conſtat ex l. 45. §. idem leg. 2. ſicut nec vice versâ. arg. l. 51. de V. S.*

z *Hæc & ſuperiora ſunt in l. 32. 45. §. 1. l. 80. de leg. 2. l. 44. §. 1. l. 86. §. 2. de leg. 1. l. 7. §. 5. de dol. ub. Cujac. l. 4. C. de rep. her.*

a *l. 4. de leg. 2. l. 38. pr. de leg. 1. quod tamen ab heredes legatariis non pertinet. d. l. 38. quippe quorum ſinguli in partem tantum ſuccedunt. l. 6. C. fam. erc.*

b *l. 5. de leg. 2. ubi n. diverſa res ſunt, poteſt eſſe cauſa legatario, cur unam admittat, alteram repudiet: in una re non item.*

c *d. l. 5. §. 1. quod ex conjectura voluntatis ducitur. quaſi teſtator commodum unius cum alterius onere penſare voluerit.*

d *Nemo n. plus juris transferre poteſt, quam habuit. l. 54. de R. I.*

e *Quamvis n. poteſtate juris jam à principio etiam ignoranti quæſitum intelligitur, idq; ſuas utilitates tum in transmittendo l. 5. pr. & §. 1. quand. di. leg. tum in aliis rebus habeat, ut in ſpecie l. 19. §. 1. quemad. ſerv. am. tamen in eò maxime pertinet, ut exinde ejus factum eſſe dici poßit, cum agnoverit. d. l. 86. §. 2. l. 44. §. de leg. 1, d. l. 7. §. 5. de dol. nam ſi jam ante quæſitum eſſet, nec repudiare quidem liceret. l. 4. C. de rep. her. & repudians alienare intelligeretur. quod ſecus eſt l. 6. § 4. quæ in fraud. cred.*

f *Iam inde ab adita hereditate. d. l. 88. §. 2. l. 80. de leg. 2. in eandem ferè ſententiam hæc explicat Graſſ. §. legat. q. 70. n. 1. alii rationi juris minùs convenienter.*

† *Alienis, genere, quantitate, pluribus rebus disjunctim. de actionibus dicetur ad extremum c. 63. vid. Gom. 1. reſ. 12. n. 7.*

& in

& in repudiando: ut is demum repudiare possit, qui & *g* acquirere potest. Effectus repudiationis hic, ut si rem nobis legatam constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo habeatur, quasi nec legata sit, retroque videatur fuisse *h* heredis. Porrò quod semel quis, cum posset, repudiavit, id postea mutatâ voluntate agnoscendo acquirere non potest *i*.

g d.l.45.§.1. de leg.2. arg. l.4.18. de acq. her. l. 3. de R.I.

h d.l.44.§.1. d.l.86.§.2.l.38.de leg.1. planè si in rem repudiatam substitutus aut conjunctus datus sit, ea substituto aut conjuncto, qui suam partem agnovit, defe. tur. l. un. §. 3. & 7. C. de cad. toll.

i l.4. C. de rep. her. facit l. nemo. 75. de R. I.

CAP. LVII.

De executione & præstatione legati.

EXposita sunt nobis ea omnia, quæ ad rationem acquirendi legati pertinent: nunc ad alterum tractationis propositę membrum disputationē conferamus, quæramusq; quibus rebus legati jure quæsiti executio præstatioque contineatur. De quo duæ in summa occurrunt quæstiones; quid legatum in se habeat; tum quæ remedia ad id persequendum retinendumvè jure prodita. Prima pertinet ad rem legatam, ut quæratur, tum quid sit in legato & quantum; tum ad legati circumstantias, cui, à quo, quando, & ubi præstandum.

In legato id omne esse intelligitur, quod testator pręstare voluit eoque non res legata tantùm, sed & jus, quod in hac ipsa voluit transferri. Sed neque illud neque hoc semper certum. Rerum legatarū incertitudo nascitur tum ex verbis, tum ex mente & voluntate testatoris. Ex verbis, cùm res designatę verbis universim legantur; nonnunquā etiam cum singulæ. Universim, cùm aut pars *k* hereditatis aut bonorum legatur. Si cui pars hereditatis legata est, quia hereditatis nomine commoda & incommoda continentur, placuit neque pretia manumissorum neq; funeris impensam *l* deduci. Contrà parte bonorum ità legatâ, bonorum meorum,

k l.22.§.ult. ad Trebell. l. 23. de leg. 1. legatum hoc partitionis esse existimat Turam. deq; ejus natura prolixè tractat de exæq. leg. cap. 2. n. 4. & seqq. add. Cont. 2. subces. 12.

l l.8.§.ult. de leg. 2. æri a. alieno soli obnoxii sunt heredes. l. 2. C. de her. act. legatarius a. partiarius heres non est. inde & si rogatus fuerit portionē suam restituere, quartam ex S.C. non retinet. d.l.22.§.ult.

quæ

quæ ſunt, cum moriaꝛ, dos & manumiſſorum pretia deducenda ſunt: cum bona cujuſq; non intelligantur, niſi quæ deducto ære alieno *m* ſuperſunt. Illud ex conjectura voluntatis placuit, ut in hoc legato electio detur heredi, utrum rerum partes, an æſtimationem præſtare malit. Utique tamen in his rebus, quæ vel naturaliter indiviſæ ſunt, vel ſine damno dividi nō poſſunt, æſtimatio omnimodo *n* præſtanda. Ex ſingulis rebus legatis eadem ſæpe incertitudo. Ex incorporalibus uſufructu, ſervitute, nomine, liberatione legatâ. Ex corporalibus pluribus rebus nomine collectivo aut communi legatis, ut cùm dos uxori legatur, cum vinum, triticum, oleum, inſtrumentū, peculium, penus, ſupellex, aurum, argentum, alimenta, cibaria legantur. quorum omnium explicationem ex ſuis locis, quibus in *o* Pandectis tractata ſunt, petere licebit.

Voluntas teſtatoris incertitudinē parit trium harum cauſarum in aliqua, vel quia res generaliter legata eſt; vel quia plures disjunctim; vel quia una ex pluribus. Genere legato ex verbis intelligi non poteſt, quæ res ex eo genere legato contineatur. Hìc igitur voluntatis oritur quæſtio, utri electio data ſit, heredinè, an legatario. Hìc ſi pleniùs, ut *p* receptum eſt, defuncti voluntatem interpretabimur, electionem *q* legatario dabimus: niſi appareat aliud voluiſſe teſtatorē. quæ definitio ita temperanda eſt, ut nec optimum nec peſſimum *r* accipiatur. At enimverò ita demum electio legatario competit, ſi quas res teſtator ex eo genere habuit: ſi nullas habuit *s*, heredis arbitrio potius res permittenda, ne ſi legatario detur, nimiâ redemptionis

m l.9. de leg. 1. junct. l. 39. §. 1. de V. S.

n l. 26. §. ult. de leg. 1. hoc poſito conſequens eſt, ut hoc legatum ſine fructibus reſtituatur, niſi mora intercesſerit heredis l. 23. d. tit.

o Lib. 33. & 34. uſq; ad tit. de adim. leg. item lib. 31. à l. 44. uſq; ad l. re conjuncti. 89. Quæ obſcuriora ſunt, præſertim in vocabulis, citatis auctoribus explicat ferè Gothofr. res & ſententias Mant. de conj. ult. vol. 9. tit. 2. & multis ſeqq.

p l. 12. de reg. jur. ubi vid. quæ de pleniore interpretatione eligant. diſputat doctiſſ. Pet. Fab. in contractibus iſta interpretatio recepta non eſt: ac proinde in his electionem tribuimus debitori. §. 33. verſ. huic a. Inſt. de act. juxta regul. l. 37. de obl. & act. l. 125. de reg. jur. *q §. 22. Inſt. de reg ei videl. cui poteſtas eſt, qua actione uti velit, ut ait African. in l. 108. §. 2. de leg. 1. ex quo loco ſatis apparet diſtinctionem olim fuiſſe inter legatum vindicationis & damnationis, cujus veſtigia adhuc extant in Pand. Cujac. 5. ad Afric. ad. l. 108. §. 2. Duar. ad l. 5. de leg. 1.* *r l. 37. d. tit. unde liquet electionem hanc, quam legatario tribuimus, veterum interpretatione coangustatam, ne ſi infinita eſſet aut nimis libera, heres nimium oneraretur.* *s l. 3. de tritic. vin. leg. arg. l. 67. §. 8. de leg. 2. & d. l. 108. §. 2.*

diffi-

difficultate oneretur heres. Sciendum porrò genere legato interdum legatum non valere: non quia incertum, sed quia inutile. Qua in re *t* distinctionem hanc servabimus. Cum corpora, ex quibus quid legatur generaliter, sunt uniusmodi, eâdemque formâ & naturâ constant, utiliter legantur; ut homo, bos, equus. Sin corpora sint diversorum generum, formâ, naturâ & manifestâ utilitate distantium, hujusmodi legatum derisorium magis est, quam utile; ut si simpliciter legetur animal, si fundus, si *u* domus. Sanè si testator domos vel fundos habuit existimabitur unam vel unum ex iis legasse, quam vel quem legatarius elegerit *x*.

Eadem incertitudo est & in rebus disjunctim legatis. Et hìc quoque placuit, si species plures isto modo legatæ sint, electionem esse *y* legatarii: nisi alia testatoris voluntas appareat. Nam si ita dixerit, Decem aut viginti heres dato: aut post annum aut biennium, quā decessero, dato: aut si fundum aut centum leget: apparet testatorem in pluribus summis heredi potestatem facere minimam eligendi; in specie aut summâ legatâ, rem certâ quantitate æstimasse, quam liceret pro ré *z* præstare. Eadem voluntatis interpretatio est in incertitudine unius rei ex pluribus legatæ, si nominatim dicat testator se unam ex illis legare, ut ex duobus meis fundis unum do † lego. Quòd si cum duos fundos haberet ejusdem nominis, Cornelianum simpliciter legaverit, placet, quia rem certam animo designavit, nullam hìc esse legatarii *a* electionem.

In incertitudine juris, quod in re legata testator transferri voluit, hæc voluntatis conjectura admissa est: Si generaliter res legatà est, eam oportet *b* per-

t Quam suggerit collatio horum locor. l.37. l.84. §. 3. d. l.108. §. 2. de leg. junct. l.71. in pr. eod. tit.

u Domus & fundus non naturâ constant, sed nostra destinatione. l.24. §. pen. d. tit. quare hic legatio obstat generis infinitas. Eodem ferè modò hæc explicat Schneid. ad d. 22.

x d. l.71. in pr. ubi rectè legitur in Pand. Florent. quam vellet, numero singulari.

y l.19. l.23. de leg. 2. eadem nimir. ratione, quia pleniùs voluntates testantium interpretamur. l.12. de R. I. Nam in contractibus etiam hìc promissoris electio est. §. 31. vers. huic a. Inst. de act. Si quid ambigui fuerit in una ex pluribus rebus legatis, interpretatio dubiæ voluntatis ex alterius rei æstimatione sumitur, quasi de ea sensisset, quæ à pretio alterius minùs distaret. l.1. ff. de reb. dub. ub. Bart. & Don. ratio conjectura ex natura alternationis ducitur. de qua Everhard. in locis leg. 108.

z l. 109. §. 1. de leg. 1. l. 14. §. ult. de leg. 2.

† Hìc legatarii electionem esse apertè responsum est à Papin. l.20. de leg. 1.

a Cæterum ne legatum intercidat, heredes potestate rem permitti. l.32. §. 4. d. l.39. §. 6. eod. tit.

b l.45. §. 1. de leg. 1. l.29. §. pen. de leg. 3.

fectè facere accipientis, ut ne avocari possit. Sin certa species legata sit, quæ testatoris fuit, sufficit talem dare *c*, qualis est: si aliena est, heres eam redimere debet & *d* præstare: si id non potest, æstimationem ejus dare. utique si à non ignorante legata est. Res pignori obligata quodammodo *e* aliena est: ideoque & hæc ab herede luenda, si sciens testator pignori obligatam *f* legavit: sin minus, legatarius ipse eam luere debet: nisi & hìc aliud voluntas suadeat testatoris. Quid enim si conjunctæ personæ legavit, cui etiam si scisset, aliud, quod non minus esset, legaturus *g* fuisset? Quid si aliquid superfluum sit æris alieni soluto rei pretio? Ratio suadet, ut quod excedit rei æstimationem, id hæres exsolvat †.

c d.l.45.§.ult.l.116.§.ult. de leg.1. ut puta fundus legatus servitutem debet, cum servitute præstabitur.l.69.§.pen d.l.116.§.ult. eod. aliud exempl. in l.44.§ ult. de leg.1. differentia ex non obscura voluntate testatoris.

d §.4. Inst. de leg. quid si testator rem communem quasi suam legaverit? pars tantum debebitur. l.5.§.ult. de leg.1. quia credibile est de sua tantum parte cogitasse. *e Unde obligatio pignoris pro specie alienationis habetur. l.ult. C. de reb. al. non al.* *f §.5. Inst. d.t. l.57. de leg.1. item si usufructus alienus, heres eum redimere debet. quia portionis instar obtinet. l.66. §.pen. l.76.§.2. de leg.2.* *g Nimirum necesse habebit heres eam luere. d.l.57. l.6. C. de fid. l.10. C. de leg. repete item ea, quæ sup. tradita sunt c.53. lit. p. & q.* *† d.l.57. de cujus specie & lectione vid. Ant. Fab. 11. con. 10.*

CAP. LVIII.

Quantum sit in legato: & de jure accrescendi in legatis.

INcidit interdum, ut citra apertam voluntatem defuncti plenius fiat legatum, quam ab initio relictum est; interdum, ut minus. De quo nunc idcircò cognoscendi locus, ut alterum illud, quantum sit in legato intelligatur. Plenius fit legatum, cum rei legatæ vivo testatore quid extrinsecus *h* accedit, sive per alluvionem quid fundo legato adjectum sit, sive ipse testator eum ampliorem fecerit, sive areæ legatæ domum imposuerit. Minus; si quid contrà rei legatæ decesserit, ut si partem testator *i* alienaverit, aut si flumen agri legati partem occuparit. Sed & minuitur legatum tum ex legatariorum numero, tum ex quantitate legatorum. Ex numero legatariorum, si pluribus eadem res legata

h l.8. l.24.§.2. de leg.1. l.10. de leg.2. l.18. de leg.3.

i d.l.8. pr. Duar. ibid.

legata sit sive conjunctim sive disjunctim: quibus hac conditione solidum relictum intelligitur, si non *k* concurrant: nam si omnes suam partem agnoscant, scinditur inter eos legatum: si unus quoquo *l* modo defecerit, portio ejus ad legatarios qui partem suam agnoverunt, pro æquis partibus, jure accrescendi aut non *m* decrescendi pertinet. Enimverò ut conjuncti in partibus faciendis unius *n* personæ potestate funguntur ita in portione deficientis potiores habentur. Quæ omnia ferè cum jure accrescendi, quod in hereditate observatur, communia sunt, & à nobis *o* supra accuratiùs exposita. Duo hæc ab eo jure discrepantia, quod deficientis heredis portionem cohæres etiam invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimùm nec invitus, nec semper cum onere. In quo hæc distinctio probata est, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantùm, sed cum onere accrescat: si separatim, invito quidem, sed sine onere *p*.

k Partes verò si concurrant. aut certè conjunctis partes ab initio, at si non concurrant totum: disjunctis primâ facie totum, partes hac conditione si concurrant. l. un. §. 10. & seq. C. de cad. toll. §. 8. Inst. de leg. his adjunge l. 33. & l. 55. de leg. 1. in quibus superioribus consequentia traduntur.

l Sive in ejus persona constiterit legatum, sive non d. l. un. §. 3. & 11. l. 16. §. pen. & ult. de leg. 1. l. 7. de reb. dub. obstat tamen d. l. 16. pr. l. 34. §. 9. l. 84. §. 8. de leg. 1. nonnulli inter legata vindicat. & damnationis distinguunt. ex Ulp. tit. 24. §. 12. Cujus distinctionis nulla hodiè habetur ratio.

m *Inter disjunctos magis esse jus non decrescendi, quam accrescendi vult Duar. 1. de jur. acc. 21. quoniam altero concurrente alteri pars detrahitur potiùs, quam non concurrente adjicitur. d. l. un. §. 11.*

n *l. 34. pr. de leg. 1. d. l. §. 10. vers. sin verò.*

o *Cap. de jur. accrescendi. 44.*

p *Distinctio disertè tradita in d. l. un. §. 11. Nam cum conjuncto ex persona deficientis portio deficiens deferatur, poterit eam non admittere, uti & deficiens potuit: eâ autem admissâ etiam onus ei adjunctum subire debet. arg. l. 177. de R. I. utrumque contra in disjuncto, quia ex sua persona solidum ab initio habet. l. 4. ff. de leg. 2. d. §. 11. vers. sin verò.*

CAP. LIX.

De lege Falcidia.

EX quantitate legatorum minuuntur legata, cum dodrantem hereditatis excedunt. Id effectum est lege *q* Falcidiâ, latâ cùm heredis tum testatoris gratiâ:

q l. 1. ff. ad leg. Falc. Inst. in pr. eod. enim verò etiam ante hanc legem libera illa legandi licentia, lege 12. tab. concessa. l. 120. de V. S. l gib. Furiâ & Voconiâ modo legatis imposito coarctata fuit: sed cum neutra sufficiens videretur, propterea quod finem legandi nullum facerent (quod rectè explicat Theoph.) lata est l. Falcidia, qua & modum legatis & finem imposuit. d. pr. Inst.

tiâ: illius quidem, ne gratis onera hereditaria subiret; hujus, ne destitueretur testamentum, nemine sine justo lucro hereditatem adiri r cupiente. Porrò ad sententiam legis hæc tria examinanda; quale sit, quod lex vetat, & ad quos heredes pertineat; quando adversus id factum videatur; si factum erit, quæ pœna.

Vetat lex ita dari legari, ne minus, quam s quartam partem hereditatis heredes capiant. Et in uno t herede instituto, aut pluribus quidem, sed cum legata simpliciter aut ab omnibus relicta sunt, manifesta est legis sententia. In duobus verò aut pluribus, si unius duntaxat portio onerata sit aut exhausta, potest videri legi satisfactum, si apud cohæredes pars quarta hereditatis maneat illibata. Sed lex Falcidia & singulis heredibus prospicere & universis voluit: proinde & singulis licebit ejus partis, ex qua quisque institutus est, partem quartam, & cunctis simul patrimonii totius quadrantem u retinere. Cæterùm quæ legata ex singulorum persona præstantur, in his ratio legis ex cujusque persona non semper habetur. Nam si ex duobus heredibus alter deficiat, à quo aut nihil aut parùm relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placet legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, heres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit aut onerata, ejus verò, cui accessit, integra aut tantùm delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponitur, ac si ad eum, qui portionem suam omisit x, pervenisset. Verùm hæc distinctio locum habet in legatis uno eodemq; testamento relictis, ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, se-

r d. pr. Inst. junct. l. 71. ff. eod.

s d. l. 1. d. pr. verba legis ex Ranconneto restituit Duar. 1. disp. 58.

t Sive simul ex toto asse, sive ex pluribus partibus, sive ex una purè, ex altera sub conditione, unâ legatis oneratâ, alterâ non item. d. l. 1. §. 13. l. 11. §. 7. eod. rationem pet. ex l. 52. §. 1. de acq. her.

u l. 77. ff. §. 1. Inst. h. tit. ex quibus locis temperandum, quod traditur Inst. eod. in fin. pr.

x Extat hæc distinctio in l. 77. ff. eod. eademq; à contrario sensu colligi potest ex l. 4. C. de fideic. variasse a. I. C. Constat ex l. 1. §. 14. h. tit. de cujus lectione Cujac. 4. obs. 35.

At cedo rationem differentiæ. nimirum is, cujus portio onerata est, ut ex sua persona legata præstat, ita & ex sua persona tantum Falcidia utitur: qui verò suam portionem integram habet, ex persona deficientis; cujus proinde jure eum uti æquum est. arg. l. 10. & l. 177. de reg. jur. indicatur hæc ratio non obscurè in l. 87. §. 4. l. 1. §. 13. h. tit.

cundis

cundis à substituto reliquit, non pertinet: siquidem vetus est juris regula, In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari *y*.

An supra dodrantem legatum sit, sic facile constare poterit, si legatorum summam cum patrimonii quantitate cōparabimus. Proinde utriusque quantitas priùs exquirenda. Legatorum quantitas omnibus contributis, quæ in relictorum computationem veniunt; iisque, quanti omnibus valent, æstimatis, haud difficulter cognoscitur. Sciamus igitur venire in hanc contributionem non solùm legata & fideicommissa, sed & ea, quæ legatorum jure censentur, ut donationes tum *z* causa mortis, tum inter virum & uxorem, quę morte *a* confirmatæ sunt: item ea quæ mortis causa *b* capiuntur, videlicet quæ heres implendæ conditionis causâ præstare *c* cogitur, ut heres existat: cæterùm quibus non erogatis nihilominus *d* heres esse potuit, ea visum est non imputari. Neque tamen omnia legata in Falcidiam imputantur: Nam si quidem inutile est legatum, cujus nomine heres nihil erogare cogitur, absurdum sit id legatariis reputare. si utile, tamen ultra cōmodum, quod ex eo percipitur, imputari nihil debet. Pone debitorem creditori suo, quod debet, legasse, quamvis placuit legatum valere, si quid amplius sit in legato, quam in debito, tamen in computationem Falcidiæ, præter *e* commodum, quod ex legato capitur, nihil veniet. Pone in diem aut sub conditione quid relictum esse, hîc tanto minùs computabitur, quantò

y l. 11. §. 5. & pen. l. 79. eod. quasi legata secundis tabulis relicta, primis sub conditione data videantur. dd. ll. Sed nec locum habere videtur superior distinctio, nisi si deficiens testatori supervixerit. d. l. 87. §. 4. si omiserit hereditatē. d. l. §. 13. si, dum deliberat, decesserit. d. l. 87. in fin. nisi cū Cujac. in specie d. §. 4. legata repetita esse intelligamus. 4. obs. 34. vid. eund. 15. obs. 14. & Ant. Fab. 4. conj. 13. & 18. conj. 14. & 15. qui nec distinctionē nostram per omnia admittit.

z l. 66. §. ult. ff. l. 5. & pen. C. eod.

a *l. 32. §. 1. ff. de don. int. vir. & ux. l. 12. C. h. tit.* b *Quæ neq; hereditario, neq; legati aut fideicommissi aut mortis causâ donationis jure capiuntur, sed tamen quorum capiendorum occasio per mortem obvenit. l. 31. ff. de mort. C. don. ut si quis institutus sit, V. C. si Titio 10 dederit, & conditionis implendæ causa dederit. l. 38. d. tit. l. 8. ff. si quis om. c. test.* c *Ut si sub tali conditione, qualem diximus, institutus sit. l. pen. C. h. tit.* d *Quod accidit in hac specie, heres si penum non dederit, 10 dato. in qua placuit 10 quidem imputari, quia legata sunt, penum verò non æquè, quia legata non est: heredemq; sibi imputare debere, quod penum, quam 10 dare maluerit. cum aliqua tamen distinctione l. 1. §. 8. ubi Govean. h. tit.* e *d. l. 1. §. 10. alia exempl. suppeditant. l. 19. l. 30. §. 1. eod. quibus non obstat species l. 40. §. 1. & l. 65. eod. namq; pretium suâ causâ heres capit: quod a. conditionis implendæ causâ à legatario præstatur, non accipitur pro pretio. d. l. 30. §. 1. & 7. ita ferè & Gov. ad d. l. 19.*

K inter-

intervallum temporis & interusurium minorem facit quantitatem *f*.

De æstimatione rerum, quæ in contributionem relictorum veniunt, sic in universum præcipitur; Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed *g* communiter fungi. Quid igitur si res commune pretium non recipiat, cujusmodi sunt legata annua, alimenta, usustructus? Et in annuorum legatorum æstimatione ineunda interest reip. aut civitati quid in annos singulos relictum sit, an *h* certæ alicui personæ. In illo placuit tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras *i* trientes ejus summæ, quæ legata est: colligendas. In hoc verò, siquidem inter heredem & legatarium, cui quid quotannis præstandum, res agetur, quamdiu Falcidia nondum locum habet, integras pensiones annuas solvi: sed enim si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam, ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retrò omnia legata singulorum annorum *k* imminuantur. ac proinde in his rebus præstandis hæc cautio erit, ut non nisi interpositâ stipulatione præstentur, quâ legatarii caveant, quod amplius, quam per legem Falcidiam licet, legatorum nomine ceperint, se reddituros. Quod si inter heredem & alios legatarios apud judicem Falcidiæ ratio habeatur, vivo quidem ipso legatario tantillis æstimari debet, quanti *l* venire id legatum potest: mortuo eo nihil aliud spectatur, quam quid heres ex ea causa præstiterit. In alimentis & usufructu computationi faciendæ hanc esse formam Macer scribit, ut à prima ætate usque ad annum 30. computatio annorum 30. fiat: ab annis verò 30. tot annorum, quot ad annum 60 deesse videntur *m*.

In quantitate patrimonii ineunda, hæc exquiruntur; quid in patrimonio habendum; quanti id sit; tum ex quo tempore utrumque spectandum. Et cum in bonis

f l.66.l.73. §.4.eod.tit.

g l.6..eod. id est, in constituendo rei pretio, non privatam cujusq; affectionem spectari, sed quanti revera & omnibus valet. l.33. ad l. Aquil.

h Illud perpetuum, quia civitas non moritur. l.6. de al. leg. hoc temporale. l.4. eod. tit.

i l.3.§.ult.h.tit. finge 4 annua esse legata: videbuntur legata centum. nam usura triens est, cum pars centesimæ tertia, hoc est, quaterni in centenos penduntur. Quantum igitur de 100. detraheretur, si semel præstanda esset, tantum pro portione detrahetur de 4. singulis annis.

k l.47.pr.ff. eod. de cautione à legatariis præstanda est in l.1.§.16. eod.

l In incerto posito, quamdiu victurus sit. l.55. eod.

m l.68. eod. quæ computatio pro commodo heredis etiam in cæteris annuis legatis adhiberi poterit, arg. l.8. de ann. leg.

cususque

cujusque id esse intelligatur, quod deducto ære alieno superest, nimirum in patrimonio defuncti non id omne numerandum erit, quod, cum moreretur, habuit: sed id solùm, quod hereditariis oneribus deductis superest: cujusmodi *n* onera sunt, præter æs alienum *o* hæreditarium, pretia servorum manumissorum, & funeris impensæ. Cætera, quæ bonorum *p* appellatione continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modò ejus naturæ sint, ut & ad heredes certò mansuræ *q* transeant, & ex iis aliquid *r* commodi heres percipere potuerit. Porò in his omnibus æstimandis perinde, ut in legatis communis *s* æstimatio spectatur. Tempus in quantitate exquirenda *t* mortis spectari visum est. Accessio igitur decessiove, quæ jacente hereditate contigerit, legata neque auget neque minuit: sed commodum omne & incommodum hereditatis ad heredem *u* pertinet. Planè damna, quæ circa res legatas incidunt, non heredi, sed legatariis *x* nocere debent, juxta perpetui juris tenorem *y*.

n §. ult. Inst. l. 39. l. 54. ff. h. t. junct. l. 39. §. 1. de V. S. l. 14. §. ult. & l. 16. pr. ad Treb.
o Id etiam, quod defunctus heredi debuit, deducitur. l. 35. §. 3. l. 87. §. 1. ff. l. 6. C. eod. h. tit. nisi heres rogatus sit; ne creditum legatariis repugnet. l. 12. eod. tum enim debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni dodranti tantùm detrahetur. d. l. 15. §. 4. exempl: esto 400. sunt in bonis. heredi debita 200. legata 300. heres compensabit cum quadrante 100. reliqua 100 de dodrante detrahet.
p Dominium. l. 28. §. 1. & 2. h. t. jura dominio proxima, ut emphyteuticarium & superficiarium. l. 1. si ag. vect. l. 1. de superf. l. 73. §. ult. & 2. ll. seqq. de rei vind: actiones. l. 52. de acq. rer. dom. l. 49. §. 1. de V. S. etiam pœnales. l. 32. h. t.
q Contrà, si non transeant, ut actio injuriarum, usufructus l. 33. eod. aut ita transeant, ut non sint mansura. exemp. in l. 11. §. 1. & 2. l. 38. eod.
r Alioqui secus. ut si nomen inane. quod tantum ex eventu hereditatem auget. l. 22. §. pen. l. 56. §. 1. aut si debitum naturale nondum solutum. l. 1. §. 17. l. 21. aut debitum duobus reis non sociis, quod ex eventu iisdem judicatur. l. 62. eod.
s L. 42. d. l. 62. §. 1. & l. seq. eod.
t l. 73. ff. §. 2. Inst. eod. in Trebelliano contra id tempus spectatur, quo fit restitutio. ut dictum est sup.
u l. 30. d. l. 73. eod. planè qui fructus tempore mortis maturi postea percepti erunt. l. 9. eod. item qui ante diem fideic. ex rebus per fideic. relictis, percipiuntur, in quartam imputantur. l. 15. §. 6. l. 24. eod.
x Quod variis exemplis illustratur à Macian. d. l. 30.
y Quo debitor interitu speciei ante moram liberatur. l. 5. si cert. pet. l. 23. de V. O.

CAP. LX.

Legis Falc. quæ pœna.

COllatâ hinc legatorum, illinc patrimonii quantitate, facile erit videre, num adversus legem factû sit, nec ne. Superest, quæramus, si contra factum erit,

quæ ſit legis pœna. Eſt verò hæc, ut ſi ſupra dodrantem legatum erit, nihilominùs quartā hereditatis integrā heredes capiant cum imminutione legatorum. Hęc quarta quibus rebus conſtet tum quibus ex rebus deduci, quâque viâ obtineri poſſit, ſimiliter videndū. Quibus rebus conſtet, ex iis intelligi poteſt, quæ in eam imputantur. De quo hæc veterum definitio eſt; In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam habere heres debet, imputantur ſolùm res, quas jure hereditario *z* capit: extra Falcidiam eſt, quidquid capit jure legati aut fideicommiſſi aut conditionis implendæ causâ. Enimvero non eſt audiendus heres, ſi deſideret adverſus eum uti beneficio Falcidiæ, à quo vice mutuâ quid ei præſtandum, ſi id, quod percepturus eſt ex voluntate teſtatoris, ſuppleat, quod deducere *a* deſiderat. Omnianè igitur, quæ jure hereditario heres capit, in quartam imputabuntur? Omnia, ſi modo *b* ea in bonis defuncti, cum moreretur, fuerunt. In fideicommiſſo hereditatis reſtituendo paulò aliter hæc ſe habent, ut ſuo loco oſtendimus *c*.

Si igitur dodrantem teſtator exceſſerit, placet legata pro rata portione per legem *d* ipſo jure minui. Hinc heres, ſi poſſidet, quartam ex ſingulis rebus retinere, ſi non poſſidet *e*, vindicare eam à quovis poſſeſſore poteſt. Si rem legatarius occupavit, heres *f* interdicto. Quod legatorum conſequi poteſt, ut res tota ſibi reſtituatur. Aliter res tranſigitur, ſi legatum diviſionem non recipiat: nam tum aut ſolida legata præſtantur, heredique hoc remedio *g* ſuccurritur, ut æſtimatione facta legati, denunciet legatario, ut partem æſtimationis inferat, ſi non inferat, utatur adverſus eum exceptione doli mali: aut de una re legata ſumitur, quod præſtetur pro alia, ita ut ejuſ, unde quarta ſumitur, le-

z l. 91. h. t. quod exempla l. 11. pr. l. 14. 24. §. ult. l. 76. item l. 5. & ſeq. eod. declarabunt. Sane ſi ideo legatum heredi datum, ut integra legata præſtet, aut ſi à vivo teſtatore aliquid accepit, ne emolumentum legis cōſequeretur, hoc in quartam imputabitur. l. 75. l. 56. §. ult. eod.

a l. 22. pr. l. 30. §. 7. eod.

b Sive ab initio legata non ſint, ſive in hereditate remanſerint. l. 31. l. 50. & ſeqq. l. 76 eod.

c Sup. c. 49. promiſi rationem differentiæ me explicaturum. ſed quoniam res ſubtilior eſt, quam ut paucis verbis explicari poſſit, ſatius erit cōſulere. Ant. Fab. 6. conj. 3. & 4. item 7. Arumæum exerc. Inſt. 9. th. 17. qui rationem inſuper rationis non incongruam addit.

d l. 73. §. ult. h. t. ut auxilio prætoris hic non ſit opus arg. l. 16. de min.

e l. 26. l. 1. §. 11. ff. l. pen. C. h. tit. Cujac. 8. obſ. 2. putat hoc a Inſt. primum conſtitutum. ſed fallitur. vid. Ant. Fab. 4. conj. 3. & 6. con. 2.

f l. 1. ff. quod legat. d. l. 26. h. t.

g d. 7. l. 80. §. ult. eod.

gatum

gatum *h* extinguatur. Interdum quędā legata ex eventu minuuntur: quod accidit, quoties purè quædam legata sunt, quæ dodrantem non excedunt, & alia sub conditione, quâ existẽte fiat, ut legi Falcidię sit locus *i*.

Postremo sciendum est beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum: sed id quibusdam casibus in totum ab initio denegari, nonnunquam cum ab initio competeret, ex post facto amitti. Ut ab initio non competat, accidit aut ex privilegio testantis, si *k* miles legaverit: aut favore legati, ut jam olim in dote mulieri *l* relegata, hodie etiam in legato piis causis *m* quibuscunque relicto: aut ex voluntate testatoris, si *n* vetet heredem Falcidiâ uti. Ex postfacto ammittitur aut in universum in omnibus rebus, aut in re una aliqua legata. In universum, si *o* inventarium heres facere de more neglexerit. In re legata, si aut id egit heres, ut fideicommissum intercidat, aut non *p* capienti rogatus est restituere, aut si sciens vel errore juris totum legatum solvit *q*.

h l.23.l.49. §.ult.eod.ubi & exempl.in usufructu legato nihil peculiare: quia divisionem recipit.l.1.§.9.l.81.eod.
i l.73.§.2.eod. in quem eventũ heres sibi prospiciet cautione illâ, de quo tit. est peculiaris. ff. si cui plus quam per leg. Falc. lic.
k l.12.C.de test.mil.l.7.C.h.tit.
l Suam n.rem recipere videtur.l.81.ff.h.t.
m Nov.131.c.12.auth.similiter.C.h.tit.
n No.1.c.2.& 3.unde auth. sed cum testator.C.h.tit.olim secus fuit,l.15.§.ult.h.t.
o Vid.c.40.sup.in fin.
p Verumq; hoc est in l.39.pr.& §.1.eod.
q l.9.C.eod. si tamen ex pluribus rebus legatis quasdam solverit, ex reliquis Falcdiam per doli except. retinere potest, etiam pro his, quæ jam data sunt.l.16.eod.

CAP. LXI.

Quibus adversus quos quando legati fideivè commissi persecutio detur.

POstquam tenemus, quid sit in legato & quantum, dę circumstantiis, quod sequitur, dispiciendũ est; cui à quo, quando & ubi legatum præstandum. Personæ, quibus præstandum, vel principales sunt, vel eorum successores. Principales illi ipsi, quibus testator vel apertè legatum dedit, vel quorum interest datum esse, quibus prospectũ tacitè voluit: puta, jussit quosdam ex heredibus æs alienum solvere, nihil creditoribus, sed coheredibus datum esse intelligimus: jussit

genero dotem dari, non gener, sed filia, cujus maximè interest, habebit actionẽ. Vetuit rẽ alienari, & addidit, ut in familia s maneret, familię, cui consultũ voluit, fideic. persecutionem dabimus. Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictũ est, si alteri non dederit t, uterq; perinde petere poterit, atq; si ipsi soli relictum esset. De successoribus ita jus constitutum; Si legatarii post † diem legati cedentẽ decesserint, heredibus eorũ persecutio datur. quod quale sit mox explicabitur.

Quidquid testamento relictum est, si id nominatim ab aliquo relictum non sit, heredis u onus est: si plures sint, ad omnes pro portionibus x hereditariis pertinet, nisi testator y nominatim ab uno præstari voluerit. Quod si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propriùs est, ut a viriles partes debeant. Ab institutis relicta à substitutis repetita b videntur: proinde illis repudiantibus hi tenebuntur; nisi evidens fuerit diversa voluntas. Quid enim si aliam rẽ reliquit à substituto, quam ab instituto? Quid si certa causa sit, cur ab instituto relinquat, quæ in substituto c cesset? Quod juris est in substitutis, idem est in coherede e.

Hæc ita se habent, si sequentes heredes judicio testatoris vocentur, secus est in f legitimis, nisi & ipsi, ut

s l. 69. §. 2. de leg. 1. l. 11. §. 22. de leg. 3. plura exempla suppeditabit l. 49 §. 4. & seq. de leg. 1.

sl. 114. § 14. de leg. 1. l. 38. §. 4. l. 93. de leg. 3. sed multę hic sunt & variæ cautiones, quas sigillatim persequi non est hujus instituti vid. Cujac. 15. obs. 1. 2. 5. 6. Gov. 2. var. lect. 15. Ant. Fab. 14. conj. 6. & 10. seqq. & de err. pragm. dec. 53. & 54. illud expeditũ: si simpliciter venerit, nec addidit, quorum causâ, hic pro nudo præcepto & nullo habere. d. l. 114. §. 14.

t Quasi duo rei credendi constituti sint. l. 16. & seq. l. 24. de leg. 1.

† Hotom. 4. obs. 9. dupliciter diem cedere ait, quo ad transmissionẽ in legatis purè aut in diem certam relictis hodiè à morte testatoris, sicut & olim ante leg. Iul. caducariam. l. un. §. 1. C. de cad. toll. in conditionalibus existente conditione. d. l. un. §. 7. quoad obligationem aditâ demum hereditate. cùm ante nemo sit, unde peti possit. l. 7. & 13. quand. di. leg. hęc prævia inspectio esto.

u l. ult. C. de her. act. arg. definitionis legati. §. 1. Inst. de leg. *x l. 33. de leg. 2. l. 2. C. de her. act.* *y l. 98. de leg. 3. utiq; si non ignorabat plures sibi esse heredes. l. 40. d. t. aliàs pro parte relevabitur. l. 77. §. 29. de leg. 2. illud omnimodo tenendum, pro his, qui solvendo non sunt, non onerari coheredes. d. l. 33.* *a l. 124. de leg. 1. nec obstat l. 17. de duob. reis. vid. Greg. Lopez. animadv. 29.* *b l. 74. de leg. 1. l. 4. C. ad Treb. modò in persona instituti constiterint. l. 14. ff. de jur. cod. conjectura voluntatis non obscura: cum vel magis ea à substituto præstari voluisse credendus sit, quem minùs dilexit. alia ratio est conditionis institutioni adjectæ. l. 73. de her. Inst.* *c Aut quid si ex parte substitutus fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? d. l. 74.* *e l. 61. §. 1. de leg. 1. l. un §. 10. C. de cad. toll. dissensisse videtur. Cels. l. 29. §. ult. de leg. 2. sicut & Iulian. d. l. 61. est in specie. l. 4. ff. de leg. 1.* *f Quibus aut irrito facto testamento hereditas ab int. defertur. l. 81. de leg. 2. aut si proximo, à quo quid relictum erat, repudiante ad sequentem gradum hereditas devoluta sit. l. 1. §. pen. de leg. 3. diss. tamen Ant. Fab. 4. conj. 15.*

idem

idem præstent *g*, rogati sint, aut hereditas scripto heredi ex *h* causa præteritionis aut exheredationis evicta sit. Si heredi, à quo quid relictum est, hereditas tanquam indigno aufertur & fisco vindicatur, adversus fiscum legatorum persecutio competit *i*.

De tempore præstationis quærenti, hæc tripartita divisio commonstrabit viam: Omne legatum *k* aut purum est, aut sub conditione. Purum est, quod vacat omni adjectione, quæ præstationem differat. In diem, quod adjecto † certo die, quo præstetur, relictum est. Sub conditione, cum in futurum eventum legatum suspenditur. Si purum est legatum *l*, præsens est, hoc est, statim debetur & peti potest, ut fit in omnibus hujus generis obligationibus. sed in legatis hoc sic accipiendum est, dum adita sit hereditas: Hinc enim omnium eorum, quæ testamentis adscribuntur, vis omnis & obligatio *m* pendet. Quod in diem relictum est, quamvis ex die aditæ hereditatis debeatur, ideoque etiam ante diem solvi possit, peti tamen ante, quam dies venerit, non *n* potest. Illud huic legato cum superiori commune, quod utriusque dies statim cedit à morte testatoris: unde fit, ut si mortuo testatore, ante aditam hereditatem aut diem decesserint hujus generis legatarii, ad heredes eorum legatum *o* transmittatur. Conditionale legatum pendente conditione omninò non debetur: ideoque nec solvi ante conditionem potest, nec decedente interim legatario quidquam ad heredem transfertur: cum conditionalis legati dies non *p* priùs cedat, quam conditio extiterit. Hisce cognitis, quando unumquodque præstandum sit, facilè intelligi potest. Quod enim purè relictum est, ex tempore aditæ hereditatis præstandum. Quod in diem aut sub conditione, cum aut dies venit, aut conditio extitit.

Sed utrumq; hoc legatum uberioris indiget explica-

g d.l. 81. l. 29. C. de fid. nominatim aut generaliter. Quisquis mihi heres erit l. 14 C d. tit.

h Auth. ex causa. C. de lib. præt.

i l. 50. §. 2. de leg. 1. quippe fiscus ex persona indigni, qui heres esse nō desinit, hereditatē obtinet. l. 43. §. ult. de vulg.

k l. 5. quand. d. leg. eadem distinctio & in stipulationibus tr. d. 4. §. 2. Inst. de V.O.

l Nam dies incertus conditionem in testamento facit. l. 75. de cond. & dem. l l. 1. d. tit. l. 14. de reg. jur. d. §. 2. Inst de V.O.

m l 32. de leg. 2. l. 14. C. de fideic.

n d. l. 5. d. l. 1. l. un. 1. C. de cad. toll.

o d. l. 5. d. l. un. §. 1. add. l. 213. de V.S.

p dd. ll. illud huic legato cum legato in diem commune, quod ante conditionem existentem nec agnoscendo acquiritur, nec amittitur repudiando. l. 45. §. 1. de leg. 2.

 tionis.

tionis. Primùm quod attinet ad legatum in diem, cum is dies certus sit, ignorari non potest, utrum is & quando venerit: illud dubium esse potest, utrum insit, nec ne. Sciendum igitur est diē aut verbis testatoris apertè adjici, aut legato tacitè inesse. Ut insit, fit aut naturâ relicti, aut tacitâ voluntate testatoris. Naturâ relicti, cum aut opus aliquod heres ædificare jussus est, aut *q* locus legato præstando præfinitus. Ex conjectura voluntatis, cum primo legatario, cui in diem quid relictum est, alius sine expressione diei *r* substituitur.

De conditionali legato quatuor sunt quæstiones; an legato insit conditio; an ea, quæ jure pro conditione haberi debeat; si debet, an impleta sit; non impleta, quando jure pro impleta habeatur. Inest legato conditio vel extrinsecus, vel à testatore adjicitur. Extrinsecus inest partim potestate juris, partim naturâ rei legatæ, Potestate juris hæc, si hereditas *s* adita fuerit. Naturâ rei, cum res, quę in rerum natura nondum est, legatur ut fructus, qui in illo fundo *t* nascentur. A testatore adjecta conditio intelligitur, sive verbis adscripta sit, sive ex voluntate insit. Adscribitur aut formulâ *u* conditionis expressâ, Si illud factum erit aut non erit; aut adjecto eo, quod pro conditione habetur. Hujusmodi duo *x*; dies incertus; & demonstratio ex futuro sumpta. Dies incertus duobus modis dicitur; uno, cum incertum est, an venturus sit, certum tamen quando, ut, Cum pubes erit: altero modo, cum venturum esse certum est, incertum autem quando, ut heres meus, Cum morietur, dato. Utriusque *y* adjectio conditionem in † testamento facit, nisi appareat aliud sensisse * testatorem. Pro conditione quoque est

q l. 73. de V. O. § 5. Inst. eod.

r Quasi quod tempus primo deerat ad legatum consequendum, id in substituto repetitum videatur. l. 36. §. ult. de cond.

s l. 7. quand. di. leg. l. 32. de leg. 2.

t l. 1. §. 1. de cond. & dem. pendet n. harum rerum eventus ex futuro.

u De formulis, quibus veteres ex. C. in conditionibus utuntur, acute differit Rob. 3. sent. 5.

x l. 1. §. 2. l. 75. de cond. & dem.

y de priore nulla dubitatio propter incertum eventum l 21. & seq. quand di. leg. de posteriore dubitari potuit, quia certum est venturū esse, sed placuit etiam hunc pro conditione esse, quia potest vivo legatario non venire. d. l. 1 § 2. ac proinde non idem est, si quid Titio legetur, cum ipse morietur. l 78 eod. quib. a. verbis differatur nihil interest, cum, ubi, postquam, quandocumque, aut duobus ablativis absolutè positis. l. 45. §. ult de leg. 3. l. 25. de cond. l. 104. §. prin. de leg. 1. l. 109. de cond. † In contractibus dies incertus, quem tamen venturum esse certum est, conditionem non facit. l. 9. §. 1. de novat. nimirum quia nihil interest, vivo creditore, an eo mortuo existat. §. 4. Inst. de V. O. * l. 69. de leg. 3. species est in l. 5. C. quand. di. leg. l. 85. de cond.

demon-

demonstratio ex futuro sumta, ut si quis ita leget, Stichum, qui meus erit, cum moriar z.

Ex sententia & voluntate testatoris trifariam inesse conditio potest: aut enim ex affectu solo testatoris inesse existimatur, ut in hac specie, cum pater filium rogasset, ut hereditatem post mortem alteri restitueret conjecturâ pietatis a responsum est, relicto inesse conditionem, Si sine liberis: aut posterioris legati conditio priori injecta intelligitur: aut b contra prioris in posteriore repetita. quæ conditionis repetitio recepta tum in legati translatione, si non conditio c personæ cohæreat, tum in omnibus, quibus cum quid relictum esset sub conditione primò, post deinde verbis purè legatur d.

Conditionum, quæ jure pro conditionibus non habentur, duo genera; unum earum, quæ tacitè insunt; alterum, quæ testamento adjectæ pro nullis habentur. De iis, quæ tacitè insunt, hæc est definitio; Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quæ tacitè inesse videntur, non faciunt legata e conditionalia. Et hoc perpetuum est, siquidem non exprimantur: expressæ autem totiens mutant rei effectum, quotiens id, quod exprimitur, aliam vim habet, quam haberet, si expressum non f esset. Sed nec omnes conditiones, quæ à testatore veniunt,

z l.6. de leg. 1. l.85. de leg.3.

a A. Papin. l.102. de cond. & dem. quod confirmatum est. l. 6.C.de inst.l. 30. C. de fideic. cum non videatur testator alienas successiones propriis anteponere voluisse: Aliud igitur dicendum, si heres extraneus ita rogatus sit. Gomes.1. res. 5. De interpretatione hujus conditionis. Si sine liberis. tractat Gom. d.loc. fusè Pereg. de fid. art.28. Nobilis quæstio est, an positi in hac conditione ex testamento vocentur. ait Hotom.quæst. ill.13. Fach.4.cont.51. negat Don.noster ad l.1.C.de pact. Ant. Fab.26.28. & 29. de err. prag.passim. utra opinio communior sit incertum, posterior juri videtur magis consentanea. Latè in utramque partem disputat Mantic.11.de conj.ult.2.

b Utriusque exemp. in l.40. § 2.l.107.de cond. & dem.l 30.de adim.leg.

c l.95.de cond.l.24.de ad.leg. secus est in conditione institutioni adjecta. l 73. de her. Inst. nempe conditione institutum onerare testator voluisse creditur, non item substitutum, cui ut prodesset, conditionem adjecit.

d Ut testantur l.77. de cond. l.70. eod. l.18. de cond. Inst. l.38. §. 4. de her. Inst. sive verba, hoc amplius, item, præterea, exprimantur. l.54. l.63. de leg. 3. l.108. de cond. sive non d l.70. & d.l.18. quod tamen sic est accipiendum, si utiliter conditio adjecta sit, aut institutio legatumve, cui adscripta est, constiterit. alioqui secus. l.47. de cond. & dem. l.104. §. pen de leg. 1.

e l.99. de cond. & dem. quod eò pertinet, ut quamvis legatarius ante aditam hereditatem decesserit, legatum tamen transeat ad heredes. l. 7. quand. di. leg.

f l.47. in fin. de cond. & dem. exemp. in l. 65. §. 1. de leg 1. l. 52. l. 69. de cond. & dem. sin expressa conditio nihil amplius adjiciat, effectum non mutat. l. 7. §. 9. l.25. de ad. leg. d. l 47. l.69. de her. Inst. sanè si lex vetet conditionem, quæ tacitè inest, exprimi, nocebit expressa. emp. in l.68. de her. Inst.

legata reddunt conditionalia: quædam enim ex his jure improbatæ pro non adjectis habentur: cujus generis est impossibilis, cui natura impedimento est, quo minùs existat, item quæcunque juri, bonis moribus & honestati sunt *g* cōtrariæ. His remotis, reliquæ omnes in ea causa sunt, ut impleri debeant, si minus in totum, at quatenus *h* possunt, prout testator sensisse videbitur. Si plures adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, omnes; si separatim, unam impleri sufficit *i*.

g l. 4. de cōd. inst. l. 1. de cond. & dem. §. 9. inst. de her. inst. l. 14. & seq. de cond. Inst. §. ult. Inst. de leg. sicut & ineptæ. l. 113. §. ult. de leg. 1. remittuntur item hæ duæ, edicto prætoris, si ille juraverit se illud aut illud facturum. l. 20. de cond. & dem. l. 8 de cond. inst. add. Cujac. 5. obs. 1. legibus, si illa non nupserit. l 61. §. ult. de cond. & dem. adhibendæ tamen hîc exceptiones ex 2. ll. seqq. & auth. cui relictum. C. de ind. vid. toll. species a. l. 1. C. d. t. huc non pertinet, nisi in casu l. 79. §. ult. de cond. & dem. *h Exemp. in l. 7. l 55. l. 101. §. 2. de cond. & dem.* *i §. pen. Inst. de her. inst. l. 5. de cond. Inst l. 78. §. 1. de cond. & dem.*

CAP. LXII.

Conditiones quomodo & quando rectè impleantur: quæ quando non impletæ pro impletis habeantur.

POrrò de implenda conditione tria hæc cognoscenda; quomodo recte impleatur; quatenus; quando. In modo conditionis id sequendum quod verba demonstrant, & ad eorum *k* præscriptum conditio implenda: Sin autem appareat aliud quid sensisse defunctum, quam verba præ se ferunt, contemtis verbis *l* voluntatem sequemur, eamque ex fine & scopo testatori proposito metiemur *m*.

Si uni legatum est sub conditione, si decem dederit, non aliter ullam partem legati rectè petet, quam si tota *n* decem dederit. Si duobus conjunctim eâdem conditione, quemadmodum enumeratione personarum legatum dividitur, ita & *o* scinditur pro rata parte conditio. Et in universum quo minus quisque ex legato capit, quam legatum est, eo minus ex conditione præstare *p* cogitur: Excepto eo legato, quod lex *q* Fal-

k l. 44. eod. hinc illud vulgatum, Conditionem debere impleri in specifica forma. Gom. 1. res. 12 n. 77. inde ortæ disputationes de vi & significatione verborum cōditionis. l. 15. 32. 40. §. 1. l. 45. 48. 50. 81. & seq. l. 111. eod. *l Quæ primum locum obtinet, & regit conditiones. l. 19. pr. eod. l. 69. de leg. 3.* *m Ut cognoscere licet ex his locis. l 13. l. 25. l. 62. & seq. l. 101. pr. & §. 1. eod. h. tit.* *n l. 23. eod. ratio in l. 4 de leg. 2.* *o l. 56. h. tit. de cond. & dem junct. §. 8. Inst. de leg. l. 8. de leg. 1.* *p Exempl. in l. 43. & 44. §. 9. eod.* *q Quo exceptio est in d. l 43. §. 1.*

cidia minuit. Quid si conditio partis præstationem † non recipiat? Frustra nimirum de parte quæritur, ubi pars non ante intelligitur, quam cum † totum factum est. Atenim sciendum est, ea, quæ de divisione conditionis diximus, ad principales personas pertinere, duntaxat, non item ad heredes eorum, quorum omnis numerus pro singulari persona habetur *r*.

De tempore ita jus est. Si constat, quâ parte temporis quid fieri testator voluerit, id *s* sequendum est: si incerta est ejus voluntas, natura conditionis inspicienda, atque in eo hæc adhibenda *t* distinctio. Quæ conditiones in eventu positæ sunt, aut non *u* promissuæ, eæ etiam vivo testatore impleri possunt. Promissuæ, id est, quæ in potestate nostra sunt, quasque, quoties volumus, implere *x* possumus, non nisi mortuo. Quæcunque autem hujusmodi conditio est, ut ei statim pareri possit, ei, cum primùm potuerimus *y*, parendum est. Non omnium tamen conditionum eventus perpetuò expectatur: nam si qua earum, quæ in *z* non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii aut etiam heredis, desiderante eo, cui hæc conditio injecta est, statim repræsentatur relictum; dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit: si contra fecerit, rem unà cum fructibus *a* restituturum. Quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa est & composita †, Muciana dicta est. Cæterùm hujus cautionis remedium non in omnibus hujus generis conditionibus locum habet: verùm in iis tantùm, quæ morte legatarii *b* finiuntur: in iis, quæ

† *l. pen. pr. de cond. & dem. l. 11. §. antep. & pen. de leg. 1. l. 72. de V.O.*

r d. l. 56. in fin. cujus rei ratio explicatur à Don. ad l. 2. §. 1. d. tit.

s Quod distributione exemplorum declarat Afric. l. 91. h. t.

t Extat hæc distinctio ac utriusque membri exempla in l. 2. 10. & 11. eod.

u Vt, si Titius consul factus fuerit, si uxorem duxerit d. l. 11. §. 1.

x Veluti, si Capitolium ascenderit. d. l. 18. §. 1. cujus generis conditio vivo testatore impleri nõ potest. quia scire non potest legatarius, an legatum conditione permansura sit: nam si fato fecerit, non videbitur obtemperasse voluntati d. l. 2.

y l. 29. eod. non idem placet in conditione adjecta institutioni. l. 4. & 5. de her. inst. l. ult. de cond. inst. hoc ita tam varie, quia in heredibus causa esse potest, cur conditionem trahant, ne oneribus hereditariis, quæ legatarios non attingunt l. 32. mand. temerè implicentur.

z Hoc in conditionibus, quæ sunt in faciendo, idcirco receptum non est, quia statim impleri possunt.

a Ei vid. ad quem jure civili deficiente conditione hereditas aut legatum pertinere potest l. 18. h. t. de cond. & dem.

† l. 7. eod habet hoc genus cautionis satisdationem l. 67. l. 106. eod. & in hereditatibus quoque admissum est. d. l. 7. non a in contractibus. Gom 2. res. 11. n. 37. rationem differentiæ adfert Cujac. 14. obs. 32. & solidiorem Ant. Fab. 2. conj. 16.

b Veluti, si in Asiam non venerit. l. 73. eod.

CAP. LXIII.

Ubi legatum vel fideicommissum præstandum: Tum quæ remedia legati persequendi causa jure constituta.

ULtimum in circumstantiis considerandum est locus. De eo itidem si quid testator caverit, id omnino *k* sequendum. Si nihil cavit, interest certa res aut species relicta sit, an incerta, ut quantitas aut genus. Certa ibi præstanda, ubi *l* relicta est, quamvis aliò, sine dolo tamen, translata sit. Incerta ibi, ubi petitur. Idemque est in re certa, si alio ab herede dolo malo translato *m* fuerit. Peti autem potest duorum locorum altero, vel ubi heres domicilium habet, vel ubi major *n* pars est hereditatis. Si in rem agetur, ibi etiam *o* peti debet, ubi est. De quo diligentius in quæstione de jurisdictione judicis præcipietur. Nunc quæ remedia legati persequen[di] causa constituta sint, scrutemur.

Si is, à quo legatum præstandum est, id præstare detrectet actionibus jure ad eam rem comparatis cogēdus est. Ad hoc igitur constitutæ sunt actiones *p* tres, in personam, in rem, hypothecaria. In personam ex obligatione est, quasi ex *q* contractu natâ. In rem ex dominio, quod rectà à testatore ad legatarium transit, si res certa, quæ & *r* testatoris fuit, legata est. Utra igitur actione velit, experiri legatarius potest: utrâque simul non *s* potest. Hypothecaria ex accessione est principalis obligationis. Nam quò pleniùs legatariis consuleretur, constitutum est, ut si legatum ab herede

k Ut ubi præstare voluerit, aut verisimile est voluisse, ibi præstari debeat. l.47. de leg.1.

l d.l.47. fac. l.108. de leg.1. Idemq́; est, si quantitas legata certo loco designata sit. d. l.47. §.1.

m Quæ summa distinctionis d. l. 47. pr. & §. 1. l.38. de jud.

n l. 50. pr. & §. ult. de jud.

o d. l.38. in fin. l. ult. C. ubi in rem act. exerc. apud nos tamen etiam ubi heres domicilium habet, juxta comm. opin. de quo latius in parte.2.

p §.2. Inst. de leg. l.1. C. com. de leg.

q §.5. Inst. de ob. quæ 4. ex cont. in usu juris dicitur actio ex testamento, quæ cæteris quidem partibus stricti juris est, sed habet hoc cum bon. fid. jud. commune, ut pecunia legata usuræ, speciei fructus accedant, non solùm ex tempore litis contestatæ. tit. C. de us. & fruct. leg. sed etiam ex mora extra judicium interposita. l. 3. pr. de usur. l. 3. C. in quib. c. in int. rest. liberatio ab hac obligatione nihil propriè habet à cæteris: de quib. acturi sumus lib.2. C.74. & seqq.

r l.80. de leg.2. l.64. de furt. secus, si aliena, aut pecunia vel quantitas legata. Com. 1. ref 12. n.7. arg. d l.1. C. com. de leg.

s l. 76. § 8. de leg. facit l.108. §. de leg.1.

relictum

t d.§.2. d.l. relictum est, res *t* hereditariæ omnes legati nomine ipso jure pignori essent: si ab alio, qui fideicommisso onerari potest, illæ tantùm, quas à testatore accepit. Sed & tenetur heres desideranti legatario satisdare, se, quibus diebus testator dari fieri voluit, his diebus daturum facturum, dolumque malum ab se *u* ab futurum. Quæ cautio etsi ad ea legata maximè pertinet, quæ in diem aut sub conditione relicta sunt, tamen in puro etiam locum habere potest, si aliquas *x* moras exercitio judicii habeat. Si heres satisdare recuset, mittitur legatarius in possessionem bonorum legati servandi causâ, & post sex menses etiam in res heredis: unde initium *y* novæ hypothecæ, iisdemque de rebus hypothecaria actio.

s non etiam res heredis propria, nec legata: nam traditum est, rei nostræ pignus consistere non posse. l.45. de R. I. *t d.l. §. 18. quia semper solvendo intelligitur. l.2. ff. de fund. dot.* *u l.1. pr. ut leg. nom. cav. quæ tamen cautio & à testatore remitti potest. l.12. ff. l.2. & 4. C. eod. & à fisco non præstatur d.l. §.* *x l.14. & seq. ff. de tit.* *y l.6. C. ut in poss. leg. junct. l.5. ff. ut leg. nom. cav.*

CAP. LXIV.

De hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur.

Decursis breviter omnibus supremæ voluntatis partibus, redimus ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem; ut, quoniam tractationi de hereditate judicio defuncti acquirenda satisfecimus, quod reliquum est, de legitima seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexamus. Lege deferri dicitur hereditas, cùm lege *z* solâ absque voluntate defuncti defertur, & quibus hoc modo defertur, legitimi heredes. Omnis ratio legitimarum hereditatum in duarum rerum cognitione versatur; ut norimus, quando deferatur; & quibus: acquirendi ratio cum testamentaria communis. Tunc defertur lege hereditas, cùm defunctus *†* intestatus decessit: suis quidem statim, etiam invitis & ignorantibus, extraneis tunc, cùm constiterit intestatò decessisse. Intestatus decedere intelligitur, qui aut omninò non fecit testa-

z l.2. in pr. & tot. ff. de su. & leg. her. & opponitur testamentariæ. l. 3. §. 2. pro soc. l.70. l. 77. de acq. her. dicitur quidem & testamentaria hereditas lege obvenire, sed per consequentiam duntaxat, quia lege 12. confirmatur. l. 130. de V. S.

† §. 2 & 3. Inst. hoc tit. de her. quæ ab int. def. unde & ab intestato deferri dicitur, d.l.70. & 77.

teſtamentum, aut non jure fecit: aut id, quod fecit, ruptum irritúmvè factum eſt; aut ſi ex eo nemo heres *a* extiterit. Quamdiu autem ex teſtamento adiri poteſt hereditas, ab inteſtato non * defertur. Cùm igitur conſtabit inteſtatò quem mortuum eſſe, aut rem ſuperioribus modis ad cauſam inteſtati deductam, incipit deferri hereditas ei, qui lege ab inteſtato vocatur. Hìc alia libertorum, alià hereditatis ingenuorum conditio: ac cùm utriuſque quædam communia ſint, quædam propria ſucceſſionis libertorum, communia ex his, quæ de ingenuis dicentur, cognoſci poterunt, propria ſumi ex eo Inſtitutionum loco, in quo pars iſta ex profeſſo tractatur *b*.

Ingenuorum hereditas quatuor generibus perſonarum, ſuo cuique ordine defertur. Primus ordo eſt cognatorum, qui ratione ſanguinis ad ſucceſſionem vocantur, de quo mox ſeparatim. Secundò, ſi nulli cognati extabunt, ſuccedunt *c* vir & uxor: qui tamen interdum unà cum liberis ad certam ſummam vocari poſteà cœperunt. Tertiò, ſi neque vir neque uxor erit, admittitur is ſervus, teſtamento manumiſſus, qui libertatum conſervandarum gratiâ bona ſibi *d* addici petit. Quartò & poſtremò, ſi nemo ex ſuperioribus extabit, ſoli *e* fiſco bona vacantia deferuntur. Excepti hìc, quorum hereditas redit ad id corpus, cujus *f* membrum anteà fuerunt: item ſocius beneficii principalis, qui in partem conſortis, ſi alium heredem non habet, excluſo fiſco *g* ſuccedit. De primo ordine major ſemper difficultas extitit, uſque adeò, ut hic locus unus propè totam hunc partem occuparit: ac proinde tractatu dignus ſeparato.

a Definitio Inſt. pr. Inſt. h. tit. cui ſimile eſt Ulp. l. 1. ff. eod.
* l. 19. d. l. 70. de acq. her. l. 89. de R. I.

b Tit. Inſt. de ſucc. libert.

c l. un. ubi Cuiac. C. und. vir. & ux. ſucceſſio hac prætoria eſt. Borcb. de grad. 7. ag. 259. & ſeq.

d De quo tit. Inſt. de eo cui lib. conſ. c. bon. add.

e l. 1. de ſucc. edict. l. 1. & 4. C. de bon. vac. lib. 10. add. Schneid. Inſt. ad h. tit. c. de ſucc. fiſc.

f Vt eccleſiaſticorum. l. 2. C. de epiſc. & de quibus comprehenſum tit. C. de her. decur. quod DD. ad quævis locata collegia trahunt: ut & Doctori, & ſtudioſo excluſo fiſco ſuccedat academia. ſed Schneid. d. loc. negat id extendendum ad caſus non expreſſos. Studioſi a. bona vacantia fiſcum Academia vindicare poſſe.

g l. un. C. ſi lib. imp. ſoc. ſine her. dec. lib. 10. tit. 4.

CAP. LXV.

De successione cognatorum.

COgnatorum ordo *h* tripartitus est; descendentium, ascendentium; eorum, qui ex latere veniunt. Primus in successione ab intestato locus est descendentium, id est, liberorum defuncti. in qua successione quatuor observanda. Primùm placere *i* omnes liberos admitti sine ulla exceptione conditionis, sublatâ veteri sexus, patriæ potestatis & emancipationis differentiâ. De duobus tamē generibus liberorum dubitatum, de adoptivis, & spuriis. Sed de adoptivis haud dubiè id jus servandum, quod de his jam antè speciatim *k* cautum fuit. Spurii omnes quoad *l* patrem hinc removentur: ita tamen, ut ex concubina nati, si liberi legitimi nulli, nec uxor supersit, in duas uncias patri naturali *m* succedant. Quoad matrem etiam illi removentur, qui ex *n* incestis & interdictis nuptiis nati sunt: cæteri, nisi mater fuerit illustris, una cum legitimis *o* admittuntur. Secundò de pluribus gradibus liberorum sic habendum: Vivum filium semper obstare nepotibus ex se natis in successione avi: eo mortuo, nepotes in locum ejus succedere, & *p* admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti iisdemq́ e filiis suis concurrant. Sed si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus, dicendum est filium solum † excluso nepote admitti. Ter-

h Inst. tit. de grad. cog. l. 1. ff. eod. No. 118. c. 1.

i d. N. c. 1. hodie igitur emancipati non indigebunt auxilio prætoris, planè in hoc adhuc differre emancipatos & suos existimo, qu d hi ipso jure illi adeundo heredes fiant, Ant. Fab. 29. err. 10.

k l. pen C. de adopt. nec quoad hoc differentia emancipationis & potestatis sublata. Schneid. ad tit. Inst. de her. quæ ab. int. c. de succ. adopt. apud nos adoptionis vis nulla.

l Quod & jure divino consentaneum. gen. 21. ad Galat. 4. hoc ita nisi per subsequens matrimonium legitimentur. No. 89. §. 1. cui consequens est, ut etiam legitimati per rescriptum principis una cum legitimis postea natis succedant, idq́, ut communiter receptum & certum refert Gail. 2. obs. 142. *m Auth. licet. C. de nat. lib. sed patri tantùm, non etiam avo paterno. l. ult. C. d. tit.* *n d. auth. licet. in tantum, ut & alimenta iis jus civile deneget auth. ex complexu C. de inc. nupt. quod mitigat jus jus Can. quod nos sequimur.* *o §. 3. Inst. de Sen. Orphit. l. 5. C. eod. vid. de succ. naturalium Forst. 6. c. 10. & seqq.* *p Iure repræsentationis §. 2. Inst h tit d. No. c. 1. post mortem a. avi conceptus ad successionem ejus non vocatur. § 8 Inst eod species est in l. 6. de su. leg. quod tamen sic temperandum esse vulgò existimant, ut ex propria quidem persona non admittatur, sed ex persona patris jure transmissionis aut repræsentationis. Forst. lib. 4. c. 23. quæ distinctio, licet æquitate non destituatur, vix tamen est, ut juris civilis subtilitati satisfaciat: nec apud nos quidquam decisum.* *† d. No. C. 1. pr. & fin. sublato edicto prætoris, De conjung. cum emanc. lib. VVesen par. ibid.*

tiò liberos *q* solos admitti placuit, exclusis non cognatis modò, sed etiam parentibus: in tantùm, ut & patri, in cujus potestate defunctus fuerat *r*, præferâtur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non quæruntur. Duobus tamen *s* casibus conjux superstes ad certam summam cum liberis concurrit: uno casu in quartam ususfructus bonorum, si defunctus fuit locuples, superstes pauper: altero casu in partem virilem, si vivâ matre liberos pater emâcipavit. Quartò & postremò, placet inter eos, qui sunt ejusdem gradus ejusdemque stirpis, in capita divisionem fieri: eos verò, qui sunt diversorum graduum aut stirpium in *t* stirpes succedere. In capita succedi dicitur, cũ, quot sunt capita sive personæ succedentium, in tot partes hereditas dividitur: in stirpes, cùm pro numero stirpium secatur, ut, qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantùm, partem alteram *u*.

Liberis non extantibus, secundo *x* loco ad hereditatem vocantur parentes. Hîc duo communia cum successione liberorum, diversa & discrepantia item duo. Communia & similia *y* côditio personarum & ratio *z* divisionis. Discrepâtia hæc; quod hîc proximus præferatur *a* ulteriori; nec ad solos parêtes hereditas devolvatur, sed simul ad defuncti fratres ex *b* utroq; parente conjunctos, item ad eorum demortuorum fratrum *c* filios:

q Tum ex ratione naturali, quæ quasi lex quædam tacita velut ad debitam successionem eos vocat l. 7. de bon. damn.

r tum ex communi parentum voto. l. 15. de inoff. l. 7. §. ult. unde lib.

s Quorum prior est in auth. præterea. C. unde vir & ux. alter in l. 3. C. de bon. mat. vid. Schneid. cap. de suc. int. vir.

t l. 4. C. de bon. quæ lib. contra, quam jure veteri cantum. l. 2. ff. de cast. pecu add. l. 6. C. d. tit. t d. No. cap. 1. Inst. h. tit. de her. ab int. §. 6.

u Quod fusius explicatur à Forstero lib. 3. c. 34. *x d. Nov. c. 2. cujus successionis ratio est in l. 7. §. ult. und. lib. explicatè Pet. Greg. 46. synt. 10.* *y Nam & mater vocatur & per eam conjuncti. neque, ut olim, parens manumissor matri præfertur. de quo in §. 3. Inst. de sen. Tertyll.* *z Ut si proponas defuncto superstitem esse avum maternum duntaxat, ex patre avum & aviam: ille unus tantum feret, quantum hi duo. d. c. 2.* *a Mater igitur excludet avum paternum, etiam in bonis, quæ à patre defuncto obvenerunt. auth. defuncto. C. ad Tertyll.* *b d. c. 2. vers. si verò. & c. seq. nostro jure parentes ambo superstites liberis suis, exclusis fratribus, succedunt. ord. pol. art. 21. & plac. de succ. ab int art. 2. altero mortuo excluditur superstes à successione, in iis locis, in quibus jure Scabinico utimur, ut in Zuyt hollandia: secus verò ubi utimur Asingico. ut in Nortbollandia & VVestfrisia. art. 26. d. ord. pol. junct. art. 3. d. placit. de suc. ab int. ubi avum fratribus vocantur parentes, etiam fratres ex parente mortuo tantùm conjuncti veniunt: qui tamen, si defuncto nulli sint fratres germani, a parente superstite excluduntur. d. art. 3.* *c Si modò & fratres concurrant: nam si soli sint, parentes præferuntur. No. 127. c. 1. cong. uit d. art. 3. in fin. sed in eo discrepat à jure civili, quod fratribus superstitibus ex d. art. etiam fratris defuncti nepotes admittuntur.*

filios: ita, ut fratres defuncti unà cum parentibus in capita, fratrum filii in *d* stirpes succedant. Illud in hac successione singulare, quod ne usufructus quidem portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, deferatur *e*.

Tertio loco veniunt cognati, qui sunt èx transverso seu à latere, nullo sexus aut agnationis cognationisvè discrimine *f* habito. Inter hos primum locum obtinēt fratres ex utroque *g* latere conjuncti, item eorum demortuorum *h* filii: inde reliqui *i* fratres eorumq; filii. Hîc si filii cum filiis fratris demortui concurrant, in *k* stirpes dividetur hereditas: sin soli sint nepotes, in *l* capita fiet partitio. Postremò reliqui cognati quo quisq; proximior est, ita alterum excludit: & si plures erunt ejusdem gradus, in capita familiam ercifcent *m*.

d Ne melioris sint conditionis, quam parens eorum fuisset. d. c. 1. No. 127. dictus a. art. 3. parenti superstiti semissem totius hereditatis defert. *e d. c. 2. auth. item. C. de bon. quæ lib.* *f d. No 118. c. 3. & 4.* *g d. c. 3. in pr. apud nos una cum germanis etiam ex altero parente tantùm conjuncti admittuntur* met een halve hant, *ut duo quidem semisses fiant, sed eorum unum utrinque conjuncti ferant, alter inter eos & fratres uterinos aut consanguineos dividatur. d. plac. art. 4. & art. 23. d. ord. pol. quod si cum germanis concurrant consanguinei simul & uterini, germani utrumque semissem cum utrisque æqualiter partientur.* *h d. c. 3. inductâ hactenus repræsentatione, contra juris veteris constitutionem. Inst. de leg. ag. succ. pr. quod apud nos extensum ad fratrum nepotes. art. 22. d. ord. pol.* *i d. c. 3. auth. post fratres. C. de leg. her. si plures sint hujus generis fratres, uterini in bona materna, consanguinei in paterna succedunt. juxta reg. DD. paterna paternis, materna maternis deferri. l. 13. §. 2. C. d. tit. contra cautum videtur art. 27. d. ord. item art. 5. & 13. d. plac.* *k Quia vocantur in locum patris, eumque referunt. d. c. 3.* *l Ius vetus certum est. l. 2. §. 1. de su. & leg. § 4. Inst. de leg. agn. suc. Id an mutatum d. c. quæritur. & Azonis sententia verissima est, mutatum non esse. quam & Carol. V. ann. 1529. in com. Spirens. confirmavit, convenit art. 11. d. plac. in Zuyt-hollandia a. etiam inter nepotes ex fratribus repræsentationis locus. art. 28. d. ord. junct. d. art. 11.* *m §. 7. Inst. de succ. agn. l. 1. §. 10. & seq. de succ. ed. In suis a. heredibus placet successionem non esse. d. l. 1. §. 8.*

CAP. LXVI.

De bonorum possessionibus.

Superest ea acquirendæ hereditatis ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem, de qua postremo hoc loco dicturos non esse supra recepimus. Bonorum *n* possessio, est jus persequendi retinendivè patrimonii sive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Hoc jus vi ipsâ nihil aliud est, quam emolumentum hereditatis: unde & in omnibus vice heredum

n l. 3. §. 2. h. tit. de bon. poss.

dum bonorum possessores habentur, & ipsa possessio interdum absolute *o* hereditas appellatur. Ex quo apparet hunc locum esse maximè idoneum, in quo de hoc genere acquisitionis porrò disputemus.

Defertur bonorum possessio ex iisdem causis, ex quibus jure civili hereditas, nempe aut testamento, aut ab intestato. Ex testamento duæ, contra tabulas, liberis præteritis, maximè emancipatis; & secundum tabulas heredibus testamento scriptis. Ab intestato, *p* primò liberis: secundò agnatis & cognatis: tertiò viro & *p* uxori. In acquirendo duo sunt diversa à jure civili; tempus acquirendi, & modus. Adeundæ hereditati jus civile nullum tempus præfinivit: agnoscendæ bonorum possessioni tempus certum à prætore præstitutum, liberis & parentibus annus, cæteris *q* 100. dies. In modo acquirendi hæc dissimilia. Primùm nemini, nisi *r* volenti, bonorum possessio acquiritur. Secundò non acquiritur, nisi ad voluntatem agnoscendi accedat autoritas *s* magistratus. Tertiò, quamvis testatio amplectendæ bonorum possessionis intra alienam vicem properantiùs *t* exeratur, tamen nihilominùs efficaciam parem, quasi suis sit usa *u* curriculis, consequitur. non utique, ut ita agnita bonorum possessio statim acquiratur, sed tunc, cum prior gradus *x* exclusus erit. Quarto servus & filiusf. etiam jussu non præcedente agnoscere possunt ad hoc, ut *y* rata postea habeatur agnitio. Postremò non per nosmet ipsos tantùm, sed etiam per quosvis *z* alios idem consequi possumus. Quæ omnia dissimiliter se habent in ea hereditate, quæ acquiritur jure civili *a*.

Atenim supervacuum videri potest, de honoraria succesione laborare, cùm longè facilior sit acquirendæ hereditatis ratio jure civili. Rectè quidem hoc diceretur, si aut nunquam necessaria, aut semper inutilis

o *l. ult. C. qui adm. junct. l. 2. §. 2. ff. h. t. l. 19. §. 2. de cond. & dem. l. 1. §. 7. ad Treb.*

p *Inst. h. tit. §. 1. & 2. seqq.*

q *l. 1. §. 8. & 12. de succ. ed. intellige annum & dies utiles. l. 2. quis ord. in bon.*

r *Invito non magis acquiritur, quam hereditas. l. 3. §. 3. h. tit.*

s *Cujusvis judicis, qualicunque testatione voluntatis apud eum interposita. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss. quâ constitutione à veteri ritu longè receditur: sed de edictali duntaxat intelligenda est.*

t *Id est, agnoscatur intra tempus, quo priori gradui adhuc defertur.*

u *Id est, quasi intra sua tempora, quibus defertur, agnita esset. d. l. ult. C. qui adm.*

x *Arg. l. 70. pr. de acq. her.*

y *l. 3. §. 7. h. tit. l. 6. pr. & §. 1. de acq. her.*

z *Agnitionem intra tempora constituta ratum habendo. d. §. 7.*

a *Ut sup. a suo loco demonstratum est.*

esset prætoris auctoritas: nunc autem & necessaria est interdum, & ubi non est necessaria, non planè inutilis. Necessaria est tunc, cùm simul defertur jure civili. Bonorum possessionis duo *b* genera, decretalis, & edictalis. Decretalis est, quæ decretum magistratus seu causæ cognitionem more majorum pro *c* tribunali desiderat: cujus generis species duæ hodiè necessariæ. Prima est, cùm impubes filius esse negatur: Huic tum causâ cognitâ datur bonorũ possessio ex edicto *d* Carboniano in tempus pubertatis. Secunda *e* est, ubi vetre præterito filius vivus à patre heres institutus est. Cæteræ sunt *f* edictales, quæ ita ex edicto dantur, ut in his causæ cognitio nõ desideretur: sed sufficiat quævis testatio amplectendæ hereditatis apud quemlibet judicem, etiam de plano cognoscentem interposita. Ex his quatuor ferè etiam hodiè necessariæ. Cõtra tabulas una, filio emancipato testamento patris *g* præterito: secundum tabulas duæ; cum posthumus præteritus testamentum rumpens, vivo testatore mortuus est; itẽ cùm qui post testamentum factum capite minutus fuerat, postea civis Romanus & sui juris *h* decesit: ab intestato nulla necessaria hodie, nisi ea, quæ † unde vir & uxor nominatur. Quæ reliquæ sunt edictales, licet *i* necessariæ non sint: habent tamen suam *k* utilitatem tum in acquirenda hereditate, tum in quæsita facilius retinenda. Repudiatæ & acquisitæ bonorum possessionis idem effectus, qui & hereditatis *l*.

b l.1. §.1. ff. und. lib. junct. l.1. §. decretalis. de succ. edict. & l.2. §.1. quis ord. in bon. poss.
c Nec de plano peti potest.
d l.2. §.1. datur quidem etiam ex edicto. l.10. de succ. ed. at non sine decreto.
d l.1. pr. & §. aliquot seqq. de carb. ed.
e Quæ quam causam habeat, & quid desideret, ostendit. l.4. §. ult. & l. seq. cont. tab.
f De quibus accipiendum esse diximus d.l. ult. C. qui adm.
g §.9. Inst. de her. quæ ab int. neque hoc jus mutatum auth non ist. C. de l. 6. prat.

h l.12. ff. de injust. rupt. §.6. Inst. quib. mod. test. inf. † *l. un. ff. & C. und. vir. & ux. §.2. in fin. Inst. h. tit. atque hæc sola apud nos locum habere putatur.* *i Cum in ius deferatur hereditas jure civili ex iisdem causis.* *k Maximè quo ad interdictum Quorum bonorum. l.1. quor. bon. add. Graff. §. bonorum possessio. 4.5.* *l l.1. §.6.10. & seq. de suc. ed. l. 1. & 3. ff. h. tit. l. 7. C. qui adm.*

CAP. LXVII.

Quæ personæ sibi vel aliis acquirere possunt.

JAm antè diximus tria in omni acquisitione esse intuenda; rem, quæ acquiritur; modum acquirendi; acqui-

acquirentis personam. Duo priora absolvimus: superest tertium, persona acquirentis. Hîc duplex quæstio: prior, an omnes sibi acquirant; altera, si quis sibi acquirere non possit, an saltem acquirat alteri. Principiò non omnes sibi acquirere posse constat. Quo minùs possint, fit partim conditione personæ, partim ipsorum voluntate. Conditione personæ sibi acquirere non possunt servus & filiusfa. Servi *m* nihil suum habere possunt, ut pote qui jure civili pro nullis habentur. Filiusfa. prout est conditio peculii, ita vel sibi vel patri acquirit. Peculium filiifa. duplex *n*, castrense, & paganum. Castrensis item species duæ, absolutè castrénse, & quasi. Absolutè castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi *o* adquisivit. Quasi castrense est, quod in toga *p* reip. operam navans paravit. Utrumque genus ita proprium est filiifa. ut de eo statuere possit non secus, ac si *q* paterfa. esset. Paganum peculium rursus duplex, profectitium, & adventitium. Profectitium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium *r* proficiscitur: hoc totum patri secundum antiquam observationem *s* acquiritur. Adventitium est, quod non occasione patris, sed aliunde filio *t* obvenit: hujus proprietas *u* filio, ususfructus parenti conceditur. Nonnunquam tamen & hoc in totum filio acquiritur: quod receptum est primò in rebus filiofa. eâ lege datis, ne ususfructus ad patrem perveniret. Secundò in hereditate fratris aut sororis, ad quam unà cum filio pater admittitur. Tertiò in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa. Quarto in hereditate, quam filius renuente patre *x* adiit. Volente autem patre omnium adventi-

m l.10. de acq.rer.dom. §.3.Inst.h.t. per quas pers. c.acq.l.32 de R.I. adeo, ut nec possidere possint. l.24. de acq.poss.

n Quæ generatim indicantur in l.ult.C. de inoff. test. apud nos nulla est peculii distinctio, sed omnia filio in totum acquiruntur, & communi nomini bona appellantur.

o Quo quid contineatur. docet l.11.ff. de cast. pec.

p Sic hoc peculium ferè describitur in d.l.ult.§.ult. C.de inoff.

q Inst.quib. non est perm. fac. test. in pr.l.6.pr. C. de bon. quæ lib. l.2.ff. de sen. Mac.

r §.1. Inst.h.tit.l.5.pr.ff. de jur.dat. *s d.§.1.d.l.6. C. de bon. quæ lib. hinc donatio à patre in filium collata nulla est.l.1. §.1. ff. pro don.* *t Quod aut suis laboribus acquisivit, aut prosperâ fortunâ ei accessit. d. §.1. & d.l.6.pr.* *u d. §.1. d. l.6. ut tamen proprietatem alienare sine consensu patris non valeat. l.ult. §.5. C. d.tit. quid si ususfructus filio sit relictus? acquiretur patri: eo mortuo redibit ad filium. l. ult. C. de usufr.* *x Est hoc, & quæ praecedunt in auth. excipitur. & 2. seqq. & l. ult. §.1. C. d. tit.*

tiorum uſuſfructus filio acquiri poteſt. Meminiſſe autem debemus, dotem filiæfa. non adventitiam tantùm, ſed etiam profectitiam, favore matrimonii *y* proprium ejus patrimonium haberi. Poſtremò eos, quibus rei alicujus commercium interdictum eſt, palam eſt, eam rem acquirere non poſſe.

Voluntate ſuâ ſibi non acquirunt hi omnes, qui non hac mente quid accipiunt, ut ipſi domini fiant *z*.

Qui ſibi non acquirunt, tametſi ut plurimùm nulli, interdum tamen acquirunt alteri. Id efficit aut conditio perſonæ acquirentis, aut voluntas. Conditione perſonæ nobis acquirunt hi *a* quatuor; filiifa. ſervi tum noſtri; tum alieni, in quibus uſumfructum habemus; item ii omnes, qui à nobis bonâ fide poſſidentur. De filiofa. in univerſum ita ſtatuemus, Quidquid per ſervum non acquiritur domino, id nec per filium acquiri patri: & vice versâ, Quidquid per ſervum acquiritur, id etiam per filium acquiri iiſdem conditionibus. Una hîc exceptio eſt, niſi filius ſibi quid quæſitum velit in iis *b* bonis, quæ aut in totum aut pro parte ſibi acquirere poteſt. De ſervis ita paſſim definitur; Quod ſervus ſtipulatur aut per traditionem nanciſcitur aut ex qualibet alia cauſa acquirit, id domino *c* acquiri. Sed hoc neque ſemper, neque in omnibus rebus, neque ſtatim. Non ſemper: quia tunc non acquirit, cum nominatim ſtipulatur alteri, aut quid alterius nomine *d* accipit. Non in omnibus rebus: excipitur enim primo *e* factum ſervi, veluti ſi ſtipuletur ſibi ire agere licere: deinde etiam res ſub conditione ſervo legata, quæ *f* ipſi interim manumiſſo, non domino, acquiritur: Poſtremò per ſervum hereditarium, quod eſt ejuſdem *g* hereditatis, heredi acquiri non poteſt, & maxi-

y l. 25. ff. ſol. matr. l. 3. §. 5 de min.
Arg. à majori, ſeu ſi mavis à minori probabilitate ad majorem.
z l. 6. in fin. C. ſi quis alt. vel ſib. l. fi. genero. 26. C. de jur. dot. arg. l. 55. ff. de obl. & act.
a De quibus ordine tractatur Inſt. h. tit. & l. 10. ff. de acq. rer. dom.
b De quibus agitur paulò antè.
c §. 1. & 3. Inſt. h. tit. d. l. 10. §. 1. nec intereſt ſibi ſtipuletur, an domino, conſervo, impersonaliter. §. 1. Inſt. l. 15. ff. de ſtip. ſerv.
d l. 1. §. 19. de acq. poſſ. l. 37. §. 4. de acq. rer. dom.
e §. 2. Inſt. de ſtip. ſerv. nam quæ facti ſunt, non tranſeunt ad dominum. l. 44. ff. de cond. & dem. utique tamen emolumentum facti domino quæritur. Connan. 2. com. 3 n. 6. *f l. 5. C. de cond. inſ. l. 18. ff. de R. I. alıter atque ſi ſervus aut filiusfa. quid ſtipulati ſint ſub conditione. l. 71. de V. O. cauſa diverſitatis eſt in natura negotiorum: quia vox filii vox patris. §. 4. Inſt. de inut. ſtip. factum filii factum patris habetur. l. ult. de ſtip. ſerv. l. 45. de V. O. vid. Don. ad d. l. 78.* *g l. 18. de acq. rer. dom. l. 43. de acq. her.*

mè

mè ipsa hereditas. Non statim: quamvis enim reliqua *h* omnia domino ignoranti & invito statim ipso jure acquiruntur: hereditas tamen & possessio non *i* acquiritur nisi volenti. Quod servo pœnæ extra causam alimentorum relictum est, pro non *k* scripto habetur, quia dominum habere non intelligitur. Per servum autem hereditarium, quamvis & ipse dominum non habet, hereditati omnia acquiri placuit, exceptis iis, in quibus factum personæ operæve substantia desideratur: cujusmodi sunt hæc tria, hereditas, ususfructus *l*, possessio. Servus fructuarius quidquid acquirit ex re fructuarii aut ex operis suis, quodve ei contemplatione fructuarii datur legatur, id omne fructuario *m* adjicitur: quod autem extra eas causas consecutus est, id ad dominum proprietatis pertinet. Idem placet & de eo, qui à nobis bonâ fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus *n* servus. Per extraneam personam nihil acquiri potest: excepto eo, quod per liberos homines (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus acquiri *o* possessionem, duabus his conditionibus; si & isti voluerint, & hi, quibus possessio *p* acquiritur. Sanè possessioni jam adeptæ etiam dominium per consequentiam accedit, si modò dominus fuerit, qui tradidit, si non fuerit, usucapiendi *q* conditio.

h *l. 32. de acq. rer. dom. l. 12. de V. O.*
i *Non hereditas. §. 3. Inst. h. t. ne invitus ari alieno obligetur. l. 6. de acq. her. non possessio. l. 44. de acq. poss. quia non acquiritur nisi animo. l. 3. pr. d. tit.*
k *l. 3. pr. de his quæ pro non scr. l. 17. de pœn*
l *l. 61. de acq. rer. dom. junct. l. 1. §. 2. qua. di. usf. leg. ced.*
m *§. 4 Inst. tit. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom. l. 21. & seq de usufr. quod si nominatim domino proprietatis aut jussu ejus quid accipiat, id acquiritur proprietario. l 37. §. 5. de acq. rer. dom.*
n *d. §. 4. vers. idem placet. d. l. 10. §. 4. l. 19. de acq. rer. dom. l. 45. §. ult. de acq. her.*
o *§. 5. Inst. eod. l. 20. de acq. rer. dom quia ea sola naturaliter acquiritur. l. 53. ff. d. tit.*
p *l. 1. §. per procuratorem. 20. de acq. poss. junct. l. 1. C. eod. & d. l 53.*
q *d. §. 5. in fin. d. l. 1. C. de acq. poss.*

CAP. LXVIII.

Quodnam sit jus in rebus privatis. Quid dominium: quæ remedia ad tuendum.

COnstitutâ ex superiorum rerum concursu acquisitione, habemus id, quod hucusque quæsivimus, res privatas sive singulorum proprias. Deinceps, ut erat propositum, de jure harum rerum dicatur, quo spectat

spectat superiorum omnium cognitio. Duo igitur hîc quærantur; quinam in his rebus jus habeant; tum quodnam sit illud jus & quantum. Jus in rem privatam habent duo; dominus rei; item is, cui pars aliqua ex jure dominico tribuitur. Dominus est, cui superioribus modis res quæsita est. Domini jus unum est & summum, quod à persona ejus dominium, à re quæsita r proprietas appellatur. Dominium est jus de s re statuendi, uti t velis, nisi si quid u jure prohibearis. Partes dominii quinque. Prima, ut rem habere & tenere x liceat. Secunda, ut eam tueamur incolumem. Tertia, ut eâ uti frui liceat. Quarta, ut alios omnes ab ejus usu arceamus. Postrema est in alienando & perdendi, si ita videbitur, potestate. Remedia ad harum partium tutionem idonea, ut & in cæteris fecimus, adnectamus.

Ad jus igitur tenendi defensio possidenti duplex, vis illatæ inculpata y propulsatio; adversus agentem omnis exceptio z dominii: Non possidenti proposita rei a vindicatio, & in rebus furtivis b condictio furtiva. Secunda pars est, ut rem incolumen habeamus. Hîc ut damna sunt, ita remedia ex adverso huic parti tributa. Damna aut ab hominibus; aut à brutis; aut à rebus inanimatis. Adversus hominum damna est actio de servo corrupto: est & ex lege Aquilia. Animalium damna vindicantur actione Si quadrup. paup. fec. A rebus inanimatis damnum triplex; à dejectis ex ædibus; ab ædibus ruinosis; ab opere facto.

r Nonnunquam tamen proprietas nudam proprietatem significat, vid. ab usufructu separatam. l. 22. ff. § 1. & ult. Inst. de usufr. uti & dominium. l. 6. pr. & l. ult. §. .C de bon. quæ lib. s Propriè corporali. arg. tot. tit. de acq. rer. dom. & tit. de rei vind. veteres tamen interdum paulò largius hanc vocem in omni re, quæ nostra est, usurpant. l. 17. quib. mod. usuf. am. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom. l. 3. si us. pet. sed nunquam ferè, nisi cum adjuncto, quod satis declarat abusionem. nec movet, quod etiam simpliciter interdum vox dominii de rebus incorporalibus prædicetur. nam & possessio de iis simpliciter dicitur. d. l. 3. si us. pet. l. ult. de itin. act. priv. Diss. tamen plerique ex recentiorib. t . Arg. l. 21. C. mand. definitio est Bartoli. u Non adde vi: nam vis non adimit dominii jus statuendi. x Ut jus sit eam possidendi: nam possessio ipsa, quæ nihil commune habet cum dominio, sæpe est penes alium. l 12. §. 1. de acq. poss. y l. 1. C. unde vi. l. 3. ff. de Inst. & jur. z l. pen. & ult. ff. de publ. in rem. act. nempe si quæstio sit de proprietate: nam in controversia possessionis interdum superior est, qui non est dominus: ut in interd. Uti possidetis, utrubi & Quod legator. §. 4. Inst. de interd. l. 1. uti poss. l. 1. quod legat. a Adversus omnes qui rem tenent, possident, & habent restituendi facultatem. l. 9. l. 23. de rei vind. l. 25. de obl. & act. & propter eei vindicationem ad exhibendum actio. l. §. 3. ad exhib. b l. 7. §. 1. & seq. ff. de cond. furt. §. ult. Inst. de obl. quæ ex del. §. 14. Inst. de act.

Hinc

Hinc remedia, actio de iis, qui dejecerint vel effuderint; actio de damno infecto; novi operis nunciatio; interdictũ. Quod vi aut clam; item de aqua pluvia arcenda. Pars tertia est, ut *c* uti re & frui pro arbitrio liceat. Hic impedimur aut manu & vi, aut opere facto. Hinc remedia hæc; actio negatoria; interdictum uti possidetis; actio injuriarũ: item operis novi nunciatio, & interdictum Quod vi aut clam. Pars quarta, ut alios ab usu rei nostræ *d* arcere liceat. Hîc contra ingredientem inculpata tutela; contra eum, qui jam ingressus est, actio injuriarum. Quinta pars & postrema jus alienandi: quod duo hæc complectitur; ut quis *e* alienet, si velit; si nolit, ne *f* cogatur. Huc accommodanda remedia; rei vindicatio; condictio furtiva; item actio quod metus causâ, & *g* actio de dolo.

c Id n. ejusque proprium est, quo fruatur atque utatur. teste M. Tull. 7. epist. fam. pen. hinc usufructus in multis casibus pars dominii esse dicitur. l. 4. de usuf. & emolumentum rei continere. l. 66. §. pen. de leg. 2. l. 76 §. 2 eod. add. 58 de V. O. cæterùm ubi à dominio separatus est, pars amplius non est. l. 25 de V. S. neque tamen displicet explicatio Coman. lib. 4 c. 6. d *§. 12. Inst. de rer. div. l. 16. de serv. rust. præd.* e *Abjiciat, pro derelicto habeat, perdat. §. 40. & seqq. Inst. de rer div. arg. l. 21. C. mand.* f *l. invitum 11. C. de cont. emp.* g *De hisce remediis & superioribus omnibus dicetur singulatim suis locis.*

CAP. LXIX.

Non semper dominis licere omnia in re sua.

VErùm hæc ita, nisi quid jure prohibeamur, ut in *h* definitione posuimus. Accedit enim aliquando, ut hoc jus aut in totum dominis adimatur; aut, cum eorum maneat, tamen aliquatenus imminuatur. Quæ adimuntur in totum; aut simpliciter detrahuntur; aut transferuntur in alios. Prioris generis una est alienatio. Interdicitur alienatio tribus modis; testamẽto, pactione; lege. Testamento factę interdictionis hæc vis, ut nisi nudum præceptum appareat, prorsus res *h* non alienetur. Pactionis hic *i* effectus, ut nihilominùs alienari res possit, sed detur aut cõdictio causâ datâ causâ non sec. aut actio ex stipulatu in id, quod interest. Lex aut solam donationem prohibet, ut inter *k* conjuges;

h l. 69. §. pen. l. 77. § libertis. 27. de leg. 2. vid. sup. cap. 58. i *l. 3. C. de cond. ob caus. dat. nunc l. 135. §. 3. de V. O. add. Rob. 3. sent. 24 Vand. 1. quæst. 43.* k *Tot. tit. ff. & C. de don. int. vir. & ux. ratio prohibitionis est in l. 1. 2. & 3. ff. eod. quousque progrediatur comprehensum l. 32. eod. ad. Gom. ad l. Tauri 50. & 3. seqq.*

aut solam venditionẽ, ut in rebus immobilibus *l* curialium; aut absolutè omnem *m* alienationem. Absolutè interdicitur alienatio quatuor ordinibus. In primo ordine habita est ratio dominorũ, qui alienare vetantur: quo in ordine sunt *n* hi; mẽte captus; pupillus: adolescens curatorem *o* habens omnes, qui rebus suis superesse non *p* possunt, ecclesiæ: Filius quoque familias nihil ex rebus, quarũ usus fructus patri quæritur, alienare invito patre potest. Secundus ordo est eorũ, quibus alienatio interdicitur rei simul & personæ domini causâ; qualis interdictio est in fundo *q* dotali & prædiis propter nuptias uxori donatis. Tertius eorum est, qui alterius, puta reip. aut civitatis, causâ alienare prohibentur: id receptum in rebus ad juvandos hostes *r* pertinentibus, item in *s* materia destructarum ædium. Quartum ordinem vitium rei introduxit, ut ne res litigiosa *t* alienetur, id est, de cujus dominio judicium jam cœptum est, licet lis nondum sit contestata. Verbo alienationis generaliter interdictæ cõtinentur usus fructus, emphyteusis, servitutes, pignus. His adde & usucapionis patientiam *u*.

Quæ dominis detracta in alios transferuntur, ex his apparet tantùm adimi dominis, quantũ in alios transit. Sed cum hæc cognitio sit de iis, quibus aliquid ex jure dominico tribuitur, quod genus suprà à nobis positum est, dilatâ parumper hâc quæstione, alterum illud exequamur, quomodo salvis dominii partibus libertas illa utendi dominis imminuatur. Oritur hæc imminutio aut ex rerũ communione, aut ex agrorum confiniis. Communio aut *x* societate contrahitur, aut sine societate incidit inter coheredes, eosvè, quibus

l Nisi accedat decretum Magistratus. l. 1. & ult. C. de prod. dec. lib. 10.

m Illud tenendum, ubi lex inhibet alienationẽ, eam ipso jure nullam esse, l. 10. de cur. fur. arg l. non dubium. C. de legib.

n Ut cognoscere licet ex l. 1. & 10. de cur. fur. §. 2. Inst. quib. al. lic. l. 1. de reb. eor. No. 120. l. ult. §. 6. C. de bon. quæ lib.

o Cujus cum pupillo eadem causa est in reb. immobilibus, & quæ servando servari possunt. d. l. 1. de reb. eor. l. 22. C. adm. tut. cætera absque decreto alienare possunt, cum auctoritate tamen curatorum. plura Com. 2. resp 14.

p Sed existimo hos, si majore sint 25 annis, cum auctoritate curatorũ rectè omnia alienare nec ad eos pertinere d. l. 21. quæ minoribus propter infirmitatem judicii succurrit: quæ ratio in aliis cessat.

q Tit. de fund. dot. adeò, ut nec consentiente muliere obligari aut alienari possit. pr. Inst quib. al. lic. de prædiis. propter nuptias donatio est in No. 60. nostris moribus contrariũ observatur.

r De quib. vid. l. 2. C. de cõmerc. l. 11. ff. de publ l. 1. & 2. C. quæ res exp Menoch. arb. c. 185.

s Pœna in l. 52 de cont. emp. ratio in l. 2. C. de ædif. priv. vid tamen & Pac. 5. quæst 6.

t Ab iis, qui de ea contendunt. l. 1. §. 1. ff de litig. cætera sunt in l. 1. auth. litigiosa. C. eod. pœnæ in l. ult. *u l. ult. C. de reb. al. l. 28. ubi Godd. de V. S.* *x l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro soc. l 2 com. div.*

res

res eadem legata aut donata *y* est. Res communis ita est omnium, ut non sit solida singulorũ, sed pro partibus tantùm, iisque indivisis & *z* confusis. Hinc impedimentum illud in commune parte suâ liberè utendi: cum nemo suam partem attingere possit, quin *a* simul attingat alienã. Ab hac communione discedere si qui velint, inter coheredes est actio familiæ erciscundæ, inter reliquos communi dividundo; nisi res *b* pactione privata transigatur. De finibus est actio finium regundorum. Appellantur tria hęc judicia divisoria, & adjudicationibus condemnationibusque peraguntur *c*.

y §. 3. & 4. Inst. de obl. quæ q. ex cõt. l. 25. §. 16. fam. ercis.

z Quæ corpore nulla, sed intellectu cõstant. l. 5. de stip serv.

a Hinc est, quod negligi soleat, quod communiter possidetur. l. 2. C. quan. & quib qu. pars. lib. 10, Aristot. 2. pol. 3.

b l. 12, C. l. ult. ff. fam ercisc. modo conventionem aut traditio secuta sit, aut stipulatio ei accesserit, l. 8 C. comm. utr. jud. l. 45. de pact.

c De quibus dicitur suo loco in parte 2. inspiciatur interim obiter §. 20. Inst. de act. §. 4 & 5. seqq. Inst. de off. jud.

CAP. LXX.

Quibus modis dominium amittatur.

DIximus, quomodo res acquiratur, acquisitę quod sit jus & quomodo conservetur: subjungamus breviter, quo modo amittatur: id enim tertio loco & *d* veteres considerant, & nos descriptioni rerum privatarum † inservimus.

Amittitur dominium aut volentibus dominis, aut invitis. Dominis volentibus sola *e* alienatione: cujus species quatuor *f* translatio, manumissio, derelictum, usucapionis patientia. Invitis dominis dominium àmittitur partim ex his causis, ex quibus in totum dominos habere res desinunt; partim ex iis, ex quibus ad alios transeunt. Prioris generis tria sunt rerum *g* genera; feræ bestiæ in libertatem sese recipientes; loca à mari occupata; thesaurus, sive depositio pecuniæ, cujus non extat memoria. De posteriori * suprà abundè dictum, ubi modos commemoramus, quibus res alienę invitis dominis nobis acquirũtur. Hoc solùm nunc accedat, res à domino ob delictum aliquod ablatas in

d Quo pertinet l. ult. de legib.

† Cap 18. suprà.

e Etiamsi in alium non transeat. l. ult. C. de reb. al. non al species subjectæ sup suis locis sũt expositæ.

f Vel inter vivos vel ultimà voluntate, & generaliter iisdem modis res nostræ esse desinunt, quibus acquiruntur l. 8. pro derel.

g Exposita itidem sup. c. 19.   ** Videlicet c. 24.*

fiscum

fiscum transferri *b* tribus modis; commisso; publicatione bonorum; item cum quid ut indignis aufertur & fisco vindicatur.

b Vid. l. 11. pr. & §. 2. l. 8. l. 14. de publican. l. 1. de bon. damn. l. 2. de pœn. tit. ff. & C. de his quæ ut ind.

CAP. LXXI.

De iis, qui cum domini non sint, jus tamen in re aliena habent.

NOn solùm dominis jus est in rebus privatis & suis: sed etiam iis, qui domini non sunt, in rebus alienis. Jura hæc à dominio separata sunt quinque; jus emphyteuticum seu agri vectigalis; jus superficiarium; jus bonæ fidei possessoris; pignus seu Hypotheca; servitutes. Ex his duo priora dominio sunt proxima: cætera longius ab eo recedunt.

Emphyteusis *i* duplex, ecclesiastica & civilis. Ecclesiastica *k* est, cum res ecclesiæ immobilis ab œconomo & aliis administratoribus causâ cognitâ in emphyteusin datur. Civilem paulò latiùs describamus. Ea *l* est jus in agris & prædiis constitutum, quo ager alicui à domino tenendus & fruendus datur in perpetuum aut in longum tempus, certâ pensione in singulos annos constitutâ, eâ lege, ut quamdiu pensio solvatur, tamdiu neque emphyteutæ neque heredi ejus, neque iis, ad quos hoc jus ab emphyteuta translatum erit, agrum vectigalem auferre dominus valeat. De hoc jure eadem illa tria, quæ in omni alio, cognoscendo; quomodo constituatur; constitutum quid cōtineat; quomodo amittatur. Constituitur emphytheusis ex quatuor causis definitione cōprehensis. Prima tanquam efficiens, est persona constituentis, ea sic habet, ut non alius hoc jus constituere possit, quā prædii *m* dominus. Secunda, res tanquā materia: eam oportet esse *n* immobilē sive soli, ut fundum *o*, agrum.

i Latinè insitio sive plantatio. in usu veterum & ager vectigalis dicitur, à vectigali, quod pro eo penditur. l. 1. si ag. vect. id Iustinian. canonem appellat: l. ult. C. de jur. emph.

k Sic eā definit Schneid. ad §. 5. Inst. loc. n. 8.

l Descriptio sumpta ex d. §. 3. Inst. de loc. 1 & seqq. ff. si ag. vect.

m d. §. 3. l. 1. & 3. C. d. tit. de ju. emph.

n Quippe in rebus mobilibus nec cultura nec meliorationes locum habere possunt. *o Arg. tit. ff. si ag. vect. aut domum auth. si quis. C. de sac. eccl. quamvis fortè minus propriè domus in emphyteusim dari dicatur, cum in ædibus legi meliorationis non sit locus.*

Tertia,

Tertia, forma seu modus constituendi. Is duplex: aut enim usu nostro & *p* longâ possessione acquiritur; aut ab initio constituitur testamento aut pactione. Testamento ita, si cui hoc jus *q* legetur, isque, cui legatum est *r*, agnoscat. Pactione, si & *s* scriptura intervenerit & *t* traditio accesserit. Quarta, est finis: hic tria continet; jus *u* habendi fruendi; tempus, quod minimum *x* decem annorum*y*; pensionem. Constitutum est jus, quale id sit & quid contineat, videamus.

Versatur hæc quæstio circa commoda & onera emphyteutæ. De commodis hoc primũ statuemus, Emphyteutá in hoc jure per omnia ferè loco domini haberi, Patet hoc ex omnibus partibus dominii, quas emphyteutæ tanquã domino tribuimus; jus tenendi possidendi; rei incolumitatem tuendi *z*; utendi fruendi; ab ejus usu alios arcendi; alienandi denique, cum velit, potestatem. Unde & † remedia ad singulas has partes tuendas eadem emphyteutæ constituta, quæ domino tribui diximus, in tantũ, ut & adversus ipsum dominũ utili rei vindicatione consistat. Cur igitur non habetur planè dominus? Impedit onus, id est, quod vicissim domino præstare debet: unde intelligitur eum, qui cõstituit, adhuc *a* dominũ manere. Onus hoc aut in tota possessione; aut in alienatione. In possessione tota, annua

p Si eam 10 annis inter præsentes, 20 inter absentes bona fide possederit & canonem solverit. arg. l. ult. in fin. C. de præs. long. tẽp. ex communi DD. sententia anni requiruntur 30 aut 40. quod sequitur VVes. in parat. & Treutl. 2. disp. 29. th. 11.

q Cur. n. minus emphyteusis, quam dominium aut ususfructus aut servitutes, hoc modo constituatur?

r Ne invitus obligetur constitutæ pensioni. arg. l. 6. de acq. her.

s Quæ ad fidem rei gestæ tanquam adjunctum necessarium, exigitur. l. 1. C. de jur. emph. nempe ne testibus sublatis rei memoria pereat. vid. c. 22. lib. 2. jure nostro ad constitutionem emphyteuseos requiritur, ut fiat coram lege, ut loquuntur, loci. *t Arg. l. 20. C. de pact. l. ult. ff. de serv. l. 3. de usufr.* *u Nec id pensionem solventi intra constitutum tempus auferri potest. d. §. 3.* *x Gloss. in l. ult. si ag. vect. ut a detur in perpetuum magis est hujus contractus proprium: tempus enim ex accidentè est & pacto, ut rectè Iason in d. l. 1. C. de jur. emph.* *y Pensio maximè propria juris emphyteutici, sed quæ non ut in locatione, pro fructibus aut pro portione fructuum constituitur, verum in recognitionem solvitur dominii. l. 2. & 3 C. de jur. emph.* *z Atque hoc jus non, uti in usufructu, personale, sed ad heredes transit. d. §. 3. usuque feud receptum, ut etiam nominatim heredibus constituatur. de quo vid. Clar. d. §. q. 30.* *† Hæc & quæ proximè præcedunt partim manifestè tradita in d. §. 3. d. l. 1. si ag. vect. partim certâ ratione per comparationem minorum colligi possunt ex l. 1. §. pen. de op. nov. nunc. l. 13. §. 8. de damn. inf. l. 23. §. 1. de aq. pl. arc. l. 2. & 8. §. 5. si serv. vind. l. 3. § 1. & sequ. uti poss.* *a Sicut & perpetuò appellatur, eoque nomine distinguitur ab emphyteuta. d. §. 3. d. l. 1. & seqq. C. de jur. emph. Cujus præstatione non liberatur, nisi totius rei interitu secuto. d. l. 1. nec igitur ob sterilitatem pensio remittitur, sicut merces in locatione. l. 15 §. 2. & seq. locat. quæ fructibus, pro quibus præstatur, pro portione respondet. D. Bronch. 1. ass. 84. quæstionis est, an immunitas à præstatione pensionis præscribi possit? negat Geil. 2. obs. 73. cui assentior.*

pensio;

pensio; item publicarum *c* functionum apochæ, quas domino præstare *d* cogitur. In alienatione, potestatis alienandi duplex imminutio; una ex persona accipientis; altera ex persona domini. Ex persona accipientis restringitur juris emphyteutici alienatio, ut non transeat ad eos, qui aut conventione emphyteuseos vetiti, aut ad solvendum non sunt *e* idonei. Ex persona domini, ut is duobus mensibus antè certior fiat, tum si velit, ipse emat: sin negligit, novum jam emphyteutam aut suscipiat intra alteros duos menses, accepta quinquagesima parte *f* pretii, aut deinde nihil lucrans taceat *g*.

Amittitur emphyteusis tribus modis; jure domini soluto; lege, quę fundo vectigal dicta erat, commissâ; culpâ emphyteutæ. Solvitur jus domini, cum qui ad tempus aut conditionem dominus erat, constituit, & tempus aut conditio *h* extitit. Lege fundi amittitur emphyteusis finito eo *i* tempore, ad quod constituta est. De culpa emphyteutæ hoc cautū, ut si toto triennio elapso nec pensionem nec apochas prę stiterit, domino *k* volente jus suum amittat: ex cæteris causis, quas eum præstare oportet, non præstitis statim jure suo *l* cadat. Ecclesiastica *m* emphyteusis etiam intra biennium non soluto canone amittitur. Hæc omnia ita se habent, nisi secus quid *n* pactio privata suadeat.

Jus superficiarium, est jus superficiei in alieno solo habendæ.

c Id est, pensationum reip. dubitarum, qualia sunt vectigalia, tributa, viarum publ. refectiones. l. pen. & ult. C. de apoch. pub. lib. 10 notum a. est, hac à possessoribus præstari. l. 7. de publican.

d Vi si fundus ad dominum redierit, similiter & ipse tenetur sit.

e d l. 3 C de jure emphyteutico.

f Vel æstimationis, si ex aliâ causa, quā emptionis, jus suum emphyteuta alienaverit: laudemium vulgo vocant.

g Quæ omnia apertissimè definita sunt in venditione d. l. 3. At quid si velit emphyteutica jus suum gratis in aliquē conferre, aut cum alio permutare? iniquum sit domino permitti ut sibi donari aut secum permutari postulet. cæterum tenebitur emphyteuta domino significare se donare aut permutare velle: quo dominus novā emphyteutam accepto laudemio in possessionē suscipiat. juxta præscriptū d l. 3. in fin. Ias in d l. 3. col 14. h *Arg l. 12 § 1. fam erc. vulgatum est, Soluto jure dantis solvi jus accipientis, l. 3 . de pign.* i *l ult. si ag vect. d. l. 31. de pign. sed nunquid finito eo tempore, silentio utrinsq; censebitur renovata? Et in locatione ex conjectura tacita voluntatis hoc admissum est. l. 13. §. ult loc. in emphyteusi vero similem conjecturam inducere in p. ejudicium domini grave est. Menoch 3. pras. 85.* k *d. l. 2. sed poterit ne dominus & canonem exigere. & simul emphyteutam expellere? Sic cum Don. statuit Bronch. 1. ass. 83. quod aliis duriusculum videtur. Iure can. celeri satisfactione moram purgare emphyteuta potest c. ult. ex loc. Quod & nos sequimur: ita tamen ut secundum qualitatem causæ & personarum judicari soleat.* l *Repelliq; à domino potest. d. l. 2. non equidem vi contra l. 7. C. und. vi. sed jure judicioq; experiundo.* m *Auth. qui rem. C. de sac. eccl.* n *d. l. 2. arg. l. pen. C. de pact.*

In constitutione superficiei quatuor item hæ *o* causę concurrunt; prima, ut constituat is solus, qui soli dominus est: secunda, ut hoc jus sibi quis comparet in alieno solo. Tertia, ut hoc aut per locationem in longum tempus certa pensione cōstitutâ, aut per *p* emptionem, aut legatum superficiario acquiratur. Quarta, ut possidere superficiem & uti frui liceat. Quanquam vero *q* jure naturali soli dominus, idem & dominus est superficiei: tamen utiles *r* actiones ad hoc jus tuendum superficiario competunt, tanquam domino: in tantū, ut libera omninò ei sit *s* alienatio. Quid hoc jus & quale sit, ex his satis intelligitur. Amittitur aut superficiei *t* interitu; aut non solutâ pensione, si locatio intervenerit; aut lege conventionis; aut denique jure domini soluto. quæ duo paulò ante sunt exposita.

Bonæ fidei possessoris in re possessa aliena triplex jus est: Jus possidendi, ita ut & exceptione vel interdicto Uti possidetis uti, & amissam possessionē actione Publicanâ recuperare *u* possit, modò ne adversus dominum: jus usucapiendi, ut per legitimi temporis possessionem eam rem suam faciat: jus fructus suos faciendi, eos ex re percipiendo. Sed hæc hactenus, ut domino, si velit interpellare, nihil noceant *x*.

Pignus, est res omnis pro debito creditori obligata. Constituitur aut autoritate magistratus, aut domini consensu: sed de constitutione *y* nunc non quærimus. Jura creditoris in pignore duo, jus possidendi tenendive; itē jus rectè distrahendi. Jus possidendi hoc est, ut & retinere adversus omnes, & amissum pignus etiam à domino *z* actione Hypothecariâ in rem recuperare possit. Distractionis effectus hic, ut si pecuniâ non solutâ id legitimè *a* vendiderit, ipsum dominiū in emptorē *b* transferat. Superioribus consequentia item

o Quæ nullo negotio colligi possunt ex l. 1. ff. de superf.
p Accedente vid. traditione. arg. l. 20. C. de pact.
q ult. de superf., §. 29. Inst. de rer. div.
r In rem. d. l. 1. §. 1. & in superficiem adversus dominum. § 4. adversus vindicantem exceptio. d. §. 4. datur item interdictum de superficiebus. §. 2. & quæ remedia emphyteutæ.
s § pen. d. l. 1, multòque magis usufructus aut servitutis cōstitutio. §. 6. & ult.
t Puta si ædes corruerint, aut combustæ sint. arg. l. 1. §. 2. quib. mod. usf. am. nec si dominus iterum in eodem solo ædificaverit, restituitur. arg. l. 10. §. 2. d. tit.
u l. 1. §. 4. uti poss. l. pen. & ult. de publician. §. 4. Inst. de Act.
x Superiora exposita sunt sup. c. 22. & 25.
y Vid. c. 72. lib. 2. ubi pro instituto fusius de pignoribus disputavimus.
z l. 17 de pign. ab auctore Serviana dicitur. §. 7. Inst. de act.
a Quod ei licet. l. 6. & seq. C de distr. pign. §. 1. Inst. quib. al.
b Perinde ac si dominus ipse transtulisset. l. 46. de acq. rer. dom.

duo;

duo; prius eſt,ut fructus ex re pignori obligatâ creditor percipiat, ſed hactenus, ut perceptos in imminutionem debiti ſuos *c* faciat: poſterius,ut ei liceat rem pigneratam rurſus *d* creditori ſuo pignori dare. De ſervitutibus ſeparatim & diligentiùs cognoſcamus.

c Quod a. debito quantitatem excedit,reddas. l. 1 C. de pign. act.neque hoc tam in jure creditoris eſt, quam in neceſſitate obligationis.l.2.C.d.tit.§.ult, Inſt qu. mod. ob. re cont. d *Ut quantum apud ſe fuit, tantum in ſecundum creditorem transferat. l. 13 §.2. ff. de pign. tit. C. ſi pign pign. dat.*

CAP. LXXII.

De ſervitutibus.

SErvitutis vocabulũ longè alio ſignificatu hîc accipiendũ, quam ea ſervitus, quæ eſt in homine, qui alieno juri ſubjectus eſt. Hic enim ſervire res dicitur, non quæ domino ſuo ſervit,ſed quæ nõ domino quædam officia præſtare *e* cogitur. Ea igitur ſic definitur; Servitus, eſt jus in re aliena alteri cõſtitutũ, quo dominus,quod huic alteri commodũ ſit, aliquid aut pati in ſuo,aut in ſuo non facere cogitur. Quatuor hac definitione complectimur. Primum dicimus ſervitutem jus eſſe: ſic enim definitur in omnibus ſuis *f* ſpeciebus, & prædiorum ſervitutes paſſim *g* jura vocantur. Quod tamen non ita intelligi oportet, quaſi eadem prorſus eſſent jura & ſervitutes, ſed ut relata inter ſe habeantur, & illa vim agendi, hæ patiendi ſignificationem *h* habeant. In eo igitur, cui debetur eundi puta facultas, jus dicitur, in eo, qui debet, ſervitus eſt ſeu juris iſtius imminutio. Secundò, jus eſſe in re aliena: nemini enim res *i* ſua ſervire poteſt. Tertiò, jus, non quo cogatur aliquis quid facere in ſuo, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat: quæ *k* natura eſt omnium ſervitutum, ſi unam *l* oneris ferendi exceperis.

e Tanquam amiſſâ naturali facultate præſtãdi omnia domino. contra libera dicitur, quæ nihil alteri præſtare cogitur, ſed uni domino liberè cũcta & quaſi ultrò præſtat.l uti.90. de V. S. non malè etiam VVeſ.ad tit. Inſt. de ſerv. n. 2. 3. 4.

f In uſufructu. l. 1. de uſufr. itinere, actu,via.l.1. de ſerv. ruſt. add. l. 2. de ſerv.urb.Inſt. pr.h.tit.

g Ut in Inſt. tit. de reb. corp. in fin.

h Propriè n. ſervitus nihil aliud eſt, quam juris imminutio. l.3.§. & bellè.de op. nov. nunc. *i l.26.de ſerv.urb.l.5. ſi uſ.pet. nam quæcunque dominus facit in re ſua, facit pro jure libertatis cuique domino conceſſæ.add.l.33.§.1.de ſerv.ruſt.& ibi Cuiac.9.ad Afr.* *k l.15 §. ult. h. tit. nam cum dominus quidvis in re ſua facere poſſit, alios a. facientes prohibere. l.8. §. .Ariſto. ſi ſerv. vind. horum alterutrius privatio aut imminutio, nec aliud quippiam, eſt ſervitus.* *l Cujus perinde ſpuriam eſſe naturam ait Hot,2. amic.17. vid. c.78. inf.*

Quar-

Quartum finem continet, ut non sit servitus, quæ non constituatur commodi nostri causâ *m*.

Re cognitâ videndũ est de jure. De eo, ut de cæteris rebus nostris triplex quæstio; quomodo constituatur; constitutum quid contineat & quo pacto conservetur; postremò quomodo amittatur. Sed cum hæ partes pro variis servitutum speciebus etiam varient, initio proponenda est servitutum divisio. Servitutum duo sunt genera: quædã enim sunt personarum, quæ personis; quædam rerum sive prædiorum, quę debentur rebus sive prædiis. sic enim *n* distinguuntur non à re; quæ servitutẽ debet, sed ab eo, cui debetur. Servitutum personæ genera sunt tria; usus fructus *o*; usus, & habitatio: quibus propter similitudinem quandam adnumerari possunt operæ servorum.

m Aut certè voluptatis alicujus. d. l. 15. l. 3. de aq. cott. & æstivæ. nulla præsens sit servitutis utilitas, sufficit tamen aliquando usui esse posse, atque ita accipienda est l. 19. h. tit. uti Duar. ibid.

n In l. 1. ff. eod. l. 20 §. ult. de serv. rust. l. 32. de usufr. Divisionẽ a Accursio & DD. multis modis vitiosam esse recentiores plerique ostendunt.

o Sub usu comprehendimus; quæcunque constituuntur ad usum personæ, non prædii, ut in l 8. pr. h. tit. & prædiales omnes, si id nominatim actum, ut certæ duntaxat personæ præstentur. l. 4. de serv. ex his tres servitutes nostrate linguâ ita distinguuntur, lyf-tocht, gebruyck, bewooninge.

CAP. LXXIII.

De usufructu.

Usus fructus *p*, est jus *q* alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerũ substantiâ. Cõstituitur usus fructus aut aliunde; aut usu & possessione nostrâ nobis acquiritur. Aliunde constituitur aut lege & jure ipso; aut alieno facto & operâ. Lege trifariam: primò patri in bonis adventitiis filii, quem in potestate habet: in quo duo singularia, quod & cautionis præstandæ, & rationis reddẽdæ necessitas patri remittatur, præter *r* normam usus fructus alii constituti. Secundò, patri emancipatori in dimidia parte bonorũ adventitiorum filii

p Extat definitio in l. 1. ff. & Inst. pr. h. tit. de quâ vid Bronch. miscell. 1. 47. jus a. hic significat potestatem jure tributam. sicut perpetuò accipitur adjunctum verbis faciendi. ut monuit nuñ in Aditu.

q Quia res sua nemini servit. l. 5. si usf. pet. constat a. usum fructum separatum hic definiri, quem formalem DD. appellant, veteres absolutè usum fructum. qui non dominii pars, sed servitus est. l. 25. de V. S. nam quod dicitur in l. 4. ff. h. tit. usum fructũ in multis casibus partem dominii esse, id per comparationem cæterarum servitutum dictum accipiemus, quæ nihil simile cum dominio habent, ut rectè Conan. 4. com. 6.

r l. 6. & ult. C. de bon. quæ lib. add. Pin. in l. 1. C. de bon. mat. n. 16.

emancipati, quorum usumfructum antè *t* totum habebat. Tertio, matri, liberis ex priore matrimonio superstitibus, ad secundas nuptias transeunti solus usus-fructus acquiritur earũ rerum quas munificæ *u* liberalitatis intuitu ex bonis prioris mariti est adsequuta.

Alieno facto qui quæritur ususfructus, aut inter privatos constituitur, aut à judice. Ad rectam urtiusque constitutionẽ tria requiruntur; persona, quæ jus constituendi habeat; res fructuaria, quæ usumfructum recipiat; legitimus constituendi modus. Eum, qui inter privatos usumfructũ constituit *x*, dominũ esse oportet: ab emphyteuta tamẽ & superficiario constitutus *y* utilibus actionibus defenditur. Res non omnes usumfructum admittunt: quædam enim sunt res, quæ usu consumuntur, quales sunt res omnes, quæ põdere, numero mensurâve constant: ideoque nec naturali nec civili ratione usumfructum *z* recipere possunt. Non naturali, quia substantia harum rerum, quam manere natura ususfructus exigit, utendo cõsumitur. Non civili, ob cautionem de re finito usufructu restituenda. Cæterùm utilitatis causâ Senatus censuit posse harũ rerum *a* quasi usumfructum cõstitui, remedio cautionis, quæ in corporum locum apud proprietarium succederet, vique ipsâ usumfructum *b* repræsentaret. Itaque si pecuniæ puta aut vini aut similium rerum ususfructus legatus sit, ita dantur legatario, ut ejus fiant, & legaturius satisdet heredi de tanta pecunia aut rebus ejusdem qualitatis, sive, quod *c* tutius est, earum æstimatione, usufructu morte aut capitis deminutione *d* finito, restituenda. Quæ verò res usu non consumun-

t d. l. 6. Inst. per quas pers. §. 2.

u Aut ex successione intestatorũ libererum prioris matrimonii, l. 3. & auth. seq. C. de sec. nupt. de patre secundam ducente uxorem quæsitum, sed & in eo idẽ obtinere ex communi sententia testatur Boer. decis. 187. facit No. 127. c. 3.

x Utpote qui solus jus illud prius habuit, quam à proprietate separaretur §. 1. Inst. h. tit l. 5. si us. pet.

y l. 1. pr. quib. mod. us. am. l. 1. §. 6. & ult. de superf.

z §. 2. inst h. tit, in quo genere rerum numerantur & vestimenta. d. §. 2. in quibus tamẽ naturalem esse usumfructũ traduntur in l. 15. §. 4. ff. eod. Hot. d. §. 2. de vestimentis quotidianis accipit. §. 4. de scenicis & similibus, quorum rarus est usus. Quod quamvis non caret difficultate, tamen ita judicatum esse refert Tessaur. decis. 80.

a Nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit. d. §. 2. l. 1. & 2. ff. de us. ear. rer.

b Unde apparet cautione non interpositâ, nullam harum rerum usumfructum constitui posse: ne accidens aliquod fingatur sine subjecto, cui jam & hoc consequens, ut ne à testatore quidem remitti possit. l. 1. C. h. tit. l. 6 ut in poss leg. quæ & vulgò recepta sunt.

c l. 7. ff. h. tit. ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset.

d Conditio, quæ hanc restitutionem à mutuo separat, singulare ac est in quasi usufructu, ut tantum duobus his casibus finiatur, l. 9. & 10. de us. ear. rer.

tur,

tur, earum *e* omnium ususfructus rectè constituitur, si modò in iis utilitas vel ornamentũ quoddam & *f* delectatio sit. Modus constituendi inter privatos ususfructus duplex; testamento, aut pactionibus. Testamẽto, si cui ususfructus legetur, aut si alii ususfructus, alii deducto eo † fundus. Pactionibus, si & idoneę sint ad rem transferendam, & traditio seu quod pro traditione cedit, usus acquirẽtis & patiẽtia domini *g* accesserit. Illud hîc notandum, usumfructum & in diem & sub conditione, adeoque pro *h* parte rei, sive divisâ sive indivisâ, quibuscunque *i* verbis constitui posse, modò ex iis jus fruendi translatum esse intelligatur.

Judicialem usumfructum constituit solus judex in duobus his judiciis, familiæ erciscundæ, & communi dividundo. Constituit in iis duntaxat rebus, quæ divisionem commodè non recipiunt. Constituit denique per adjudicationes & condemnationes, quibus res ad æqualitatem revocetur *k*.

Etiam usu nostro & longa quasi possessione usumfructum acquirimus; perinde enim ususfructus & per idem tempus usucapi potest, ac res omnes corporales & reliquæ servitutes, veluti si quis non dominus usumfructum nobis vendiderit, nos eam per legitimum tempus possederimus *l*.

e Corporalis scilicet jus n. hoc dicitur esse in corpore l. 2. ff. h. tit. Inst. eod. in pr. non via, itineris &c. quia servitus servitutis constitui non potest, l. 1. de us. leg. *f Exempla in l. 28. & l. 41. ff. h. tit.* † *§ 1. Inst. l. 6. 3. pr. & l. 6. ff. eod. l. 4. si us. pet. quod si a. uni ususfructus, alteri fundus simpliciter legetur; ambo in usumfructum concurrunt, l. 3 §. ult. de us. acc. l. 19. de us. leg.* *g d. §. 1. d. l. 3. h. tit. junctâ l. 1. in pri. de serv. rust. testamento à. relictus traditionẽ heredis non desiderat sed statim vindicari potest. l. 10. de us. leg. quod tamen displicet Fab. 65. err. 2.* *h l. 4. h. tit. l. 1. §. 9. ad leg. Falc. utrumq; contra in servitutibus prædiorũ. l. 4. & 11. de serv. differentiæ rationem infra indicabimus.* *i Ususfructus an fructus legetur nihil interest. l. 14. §. 1. de us. & hab. quid si legentur fructus aut reditus annui? perinde hoc accipiendum ex mente testatoris, ac si ususfr. legatus esset. l. 20. h. tit. l. 41. de us. leg. nec obstat Scæv. in l. 38. d. tit. aut in l. 58. § 1. h. tit. vid. Pin. ad l. 1. C. de bon. mat. par. 2 n. 12. & seq. Conan. 4. com. 3.* *k Quæ omnia sunt in l. 6. §. 1. h. tit. l. 6. §. pen. com. div. §. 4. & 5. Inst. de off. jud. illud notandum, quod traditur in l. 16. § 1. fam. erc. si judex alii fundum, alii usumfr. adjudicaverit, non communicari usumfr. aliter atq; si ita legetur. l. 19. de us. leg. hoc ideo, quia in judiciis divisoriis hoc agitur, ut à communione discedatur. l. 11. fam. erc.* *l l. ult. in fin. C. de præsc. long. temp.*

CAP. LXXIV.

De jure fructuarii: ac primùm de commodis.

Deinceps acquisitus ususfructus quid cõtineat, & quâ ratione conservetur, videamus. Constat jus

 fru-

fructuarii & commodis, & oneribus. Commoda fructuarii sunt tria; rei possessio naturalis; adminicula ususfructus; utendi fruendi jus: quorum hoc principale, priora illa per consequentiā accedunt. Possessio rei naturalis est nuda rei detentio. Eam, quamdiu ususfructus durat, penes *m* fructuarium esse convenit: quippe sine qua nec re uti libere, nec fructus percipere possit. Adminicula etiam usumfructum sequuntur. ea sunt, sine *n* quibus usufructus esse non potest; ut iter ad fundum, servitutes, quæ ad fruendum necessariæ. In jure utendi fruendi tria spectanda; cujus rei ususfructus videatur constitutus; uti frui quid; modus fructus acquirendi. Prima quæstio in usufructu omnium bonorū non habet locum: sed singularū rerum, puta ædium, aut fundi usufructu legato, quæri potest, quid appellatione harum rerum cōtineatur. Et sciendum est quatuor rerum genera cōtineri: primo *o* partes omnes, etiam quæ postea *p* accesserunt: secundò quæcunque rei fructuarię causâ habentur, ut *q* instrumenta: Tertio feras bestias, quæ in fundo *r* stabulantur & pascuntur: postremò si ager est, unde palo in fundum, cujus usufructus legatus est, solebat paterfa. uti, vel salice vel harundine, placet fructuarium *s* hactenus uti posse, ne ex eo vendat.

Uti, est rem tractare & exercere ad commoditatē & usum nostrum, quatenus ad eam comparata est naturâ aut patrisfa. instituto. Ædibus igitur utendum, ut ædibus, ad inhabitandum; cœnaculis, ut cœnaculis, cæteris rebus secundum suam *t* conditionem. Fructus est, quidquid ex re rectè *u* percipitur. Fructuum *x* genera duo, naturales, & civiles. Naturales sunt, qui naturā proveniunt, sive nascantur ex re, sive re ipsâ con-

m *l. 12. p. l. 49. de acq. poss vid. sup. c. 25. & seq.*
n *l. 1 §. 1. & seqq. si us. pet. l. 30. h. t. de usufr. adeo, ut, quamvis testator adjecerit, ne ea ab herede præstentur, nihilominus præstari debeant. d. l. 1. §. 1. l. 1. de ad. leg.*
o *Ut in ædiū usufructu cōtinentur areæ, horti, cellæ. l. 7. §. 1. quæ partes sint ædium, declaratur in l. 13. §. ult. & ll. seqq. de act. emp. In usufr. fundi, præter vites & arbores, lapidicinæ, arenæ, fodinæ metallor. l. 9. pr. & §. 2. h. tit.*
p *Puta refectiones postea factæ. d. l. 7. §. 2. item incrementum alluvionis. non a, insula juxta fundū enata d. l. 9. §. 4. ubi & ratio.*
q *d. l. 9. §. ult. quæ sint, docetur in l. 8. de Inst. leg.*
r *Apes quoque, quæ in fundo sunt. d. l. 9. §. 1. & §. 5.*
s *Quod ex usu & destinatione patrisfa. æstimandum d. l. 9. §. ult.*
t *Quod explicatur in l. 13. §. ult. & l. 15. §. 1. eod.*
u *Omnis obventio, omne commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur. l. 7. 9. 59. §. 1. eod.*
x *Distinctio sumpta ex definitionibus Papin. in l. 62. de R. V.*

tinean-

tineantur, ut fodinæ. Fructuum naturalium duplex *y* item consideratio: aut enim naturâ solâ & sponte magis proveniunt, ut poma, lignum, fœnum: aut naturâ quidē adjutrice, cæterùm facto magis & industriâ hominis: unde & industriales dici posteà cœperunt; ut segetes, vinum, oleum, legumina. Ac utriusq; quidem generis fructus ad fructuarium *z* pertinent: sed quatenus ex eo usu, ad quem res parata ast, percipiantur. quo temperamento hæc quatuor hinc removentur; partus *a* ancillarum; arbores grandes, & *b* frugiferæ; sylva *c* non cædua; venatio, nisi fructus fundi ex venatione *d* constet. Sanè ex sylva non cædua *e* materiam succidere, quantum ad villæ refectionē, & in vineam sumere usufructuarius non prohibetur. Cæduā verò ita cædere potest, sicut paterfa. cædebat: potest & vendere, quod ceciderit, licet paterfa. non solebat *f* vendere. Demortuæ arbores ad fructuarium pertinent, viventorum dejectæ ad *g* proprietarium: ut tamen ex his etiam tantum ferat fructuarius, quantum ad usum ejus & villæ opus sit, non amplius.

Fructus civiles sunt, qui non ex *h* corpore rei, sed extrinsecus per rei occasionem percipiuntur. Et hi non minùs ad fructuarium pertinent, quam naturales. Sunt autem trium generum; quod percipitur, ex *i* operis servorum; quod ex actione rei nomine *k* consequimur, cui locus est in actione damni infecti; commodum traditionis rei fructuariæ in alium collatæ, ut pretium venditionis, locationis merces: nam

y Vid. quæ scripsimus & notavimus sup. c. 22.

z d. l. 6. pr. & §. 2. l. 25. pr. & §. 1. l. 28. de usur. §. 36. & seq. Inst. de rer. divis.

a l. 68. h. tit. quia ancillæ ad hoc nō habentur, ut pariant. l. 27. de her. pet. alia ratio, sed huic loco minus conveniens est in d. l. 28.

b l. 12. & l. 13. §. 4. h tit. quippe quæ non habētur, ut succidantur, sed aut ad fructum ferendū, aut ad ornatum umbramvè præstandam.

c Aut quæ ut cædua à domino non est habita. d. l. 9. §. ult.

d l. 26. de usur. nec alia sententia est § 5. d. l. 9. in re dubia utemur distinctione l. 62. eod. planè quæ feræ liberè vagantur, eas etiam cuivis capere licet juxta reg. juris gent l. 3. de acq. rer. dom. *e l. 10 h tit. ex cædua verò, tametsi paterf. eam cædere non solebat, etiam pedamenta & ramos. d. l. 10.* *f Non n. cogitur eodem modo uti. d. l. 9. §. ult. est a. sylva cædua, quæ excisa ex stirpibus aut radicibus renascitur, & simul in hoc habetur, ut cædatur. l. 30. de V. S. d. l. 9. §. ult.* *g l. 12. pr. junct. l. 18. h. tit.* *h Ideoque proprie fructus non sunt l. usura. 121. de V. S. l. 62. de R. V. quia tamen per causam rei percipiuntur, pro fructibus habentur. l. 36. de usur.* *i l. 4. de op. serv. maximè si accedat res fructuarii. §. 4. Inst. per quas pers. aut si quid servo contemplatione fructuarii donetur. l. 22. h. tit.* *k Ea est possessio vicinar. ædium, & ex 2. decreto dominium. vid. l. 7. §. 1. h. tit. l. 13. §. 8. de dam. inf.*

& *l* vendere rem fructuarius poteſt, & fruendam *m* locare: poteſt & gratis alicui concedere & *n* pignori dare, quo aut beneficii ſibi debitorem acquirat, aut pecuniam mutuam inveniat.

Modus acquirendi eſt in perceptione. Percipi fructus dicuntur, naturales, cum à ſolo aut re ſeparati ſunt, puta ſpicâ aut fœno cæſo, aut uvâ ademptâ, aut excuſſâ oleâ: in animalibus lanâ detonsâ, lacte mulſo, fœtu *o* edito. Neque tamen ſtatim atque à ſolo quoquo modo ſeparati ſunt, fructuarii fiunt, uti bonæ fidei poſſeſſoris, ejuſvè, qui agrum vectigalem habet: ſed fructuarius non aliter dominus fructuum efficitur, quam ſi *p* ipſe eos perceperit: Cui conſequens eſt, ut, licet maturis fructibus nondum tamen perceptis deceſſerit, ad heredes ejus non *q* pertineant. Civiles fructus aut ipſo jure acquiruntur ex operis ſervorum, aut facto fructuarii, puta rę *r* venditâ aut locata. Neque tamen tota merces annuæ locationis cedit fructuario, ſed pro parte tantùm ejus temporis, quo conductor fruitus eſt: niſi fundus ſit, cujus fructus ſemel & uno tempore colligere potuit *ſ*.

Hæc fructuario conceſſa. Duo illa adempta *t*; proprietas, & conſequenter jus in corpore & ſubſtantia rei. Unde eſt, quod nec *u* conſumere rem fructuariam poteſt (loquimur de uſufructu vero) nec *x* trans-

l l.12. §.2. ff h. tit. §.1. Inſt. de uſ. & hab. non ipſum quidem jus. quod perſonæ cohæret, & cum ea finitur. §.3. Inſt. h. t. ſed perceptionem fructuum & utilitatem, ut fruatur quidem emptor, ſed ex perſona fructuarii. arg l.38. eod. add. Branch. 1. aſſ. 91.

m d l.12. §. 2. cum diſtinctione tamen l.15. §.5. eod. quæſitū memini, an uſufr. finito locationi ſtare cogatur proprietarius? Quod omninò negandum eſt. arg. l.9. C. de locat. l.83. & ſimilibus. ff. de verb. obl.

n *l. fructus. 72. de R. I. proprietatem tamen pignori dare non poteſt. l.6. C. h tit.* o *l.13. quib. mod uſ l.28. de uſur. l.78. de R V.* p *Aut ejus nomine alius. d. l.13. alioqui non prius ejus fiunt, quam eorum, poſſeſſionem nactus ſit. l 12 §. ult. h t.* q *Quamvis maximâ parte anni ſteterit uſuſfr. d. l.13. §.36. Inſt. de rer. div. contrà percepti etiam immaturi, l.48. § 1. h. t pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredes tranſeunt. d. l.13. d. l.28. de uſur. quamvis minimâ parte primi aut poſtremi anni ſteterit. l. 27. l. 58. h. t. aliud ſervatur in fructibus rei dotalis, qui pro oneribus matrimonii ad maritum pertinent. l.7. ff. l. 20 C. de jur. dot.* r *Venditi uſuſfr. pretium fructuario cedit, etiamſi ne uno quidem anno uſuſfr. ſteterit. l. 38. h. t.* ſ *l. 26. junct. l. 58. h. t. agri antea locati penſiones domino debentur. niſi in uſufr. conſtituendo ſpecialiter comprehenſum, ut fructuario præſtarentur. cæterum eo omiſſo, poteſt fructuarius conductorem expellere. l.59. §.1. eod. ad exemplum venditionis. l.9. C. de locat.* t *Proinde nec rem alienare, nec mancipia manumittere, nec proprietatem oppignerare poteſt. l.6 9. 11. C. h. tit.* u *Quod pugnat cum natura uſuſfr. §. 2. Inſt. h. t.* x *Exempl in l.13. §. ult. l.15. §. 1. eod. tueri n. debet, quod accepit novum facere non poteſt. l.44 eod. quod adeo verum eſt, ut nec ædificium inchoatum conſummare poſſit. l.61. §.1. eod.*

forma-

formare, aut rei qualitatem paulò magis immutare, tametsi *y* meliorem domini causam faciat: nisi hoc fructuum percipiendorum *z* gratia ei concedatur.

y l. 7. §. ult. & l. seq. eod. quod latiùs declaratur d. l. 13. §. 4. 5. & 7. & d. l. 44. *z Aut rei tuendæ, quo eâ salvâ liberius fruatur: ut puta, ædes reficere, vitioso pariete dejecto novum facere, lapidicinas & fodinas exercere, novas quoque instituere, ædificium ad fructum percipiendum ponere. d. l. 7. §. ult. d. l. 13. § 4. & seqq.*

CAP. LXXV.

Remedia fructuario prodita juris sui conservandi causa.

NUnc locus esset dicendi de oneribus, nisi intercederet superioris juris conservatio. Remedia igitur hîc varia, pro impedimentis, quæ objiciuntur, fructuario constituta. Impedimenta aut sunt præsentia, aut futura. Præsentia aut in eo, quod alius possidet; aut quod possidēti fructuario objicitur, quo minùs liberè utatur. Si alius possidet, competit ei actio in rem confessoria, quâ rem à possessore vindicabit: dejectus interdicto unde vi *a* experitur. Possidentem fructuarium aut dominus uti frui prohibet jure proprietatis, puta si servitutem rei fructuariæ imponere aut quâ aliâ ratione conditionē fructuarii deteriorem facere velit, quorum *b* nihil illi facere jure licet: aut extraneus nullo jure proprietatis, manu aut opere facto. Manu, si quis fructuarium prohibeat *c* ea facere, sine quibus uti frui non potest: opere facto ut, si quis ædificiū in fundo posuerit, fossam foderit. Priore casu prodita est eadem *d* actio confessoria, posteriore etiam interdictum *e*, Quod vi, aut clàm. Impedimentum futurum metuitur ab opere novo, cujus nunciatio *f* procuratorio nomine fructuario permissa; aut ab ædibus ruinosis: Remediū hîc damni infecti *g* stipulatio. Unum autem omnium in commune reme-

a l. 5. §. 1. & ult. si usf. pet. l. 1. §. 13. unde vi. *b l. 15. §. ult. & l. seq. de usuf.* *c Puta ædes reficere, agrū colere & similia. l. 11. C. und. vi. l. 25. ff. de act. emp.* *d l. pen. §. ult. si usf. pet. quid si, prohibeatur importare, quæ sunt ad refectionem necessaria? videbitur prohiberi reficere l. 4. de it. act. priv. quid si servitute prædio debitâ uti? vindicabit usumfr. ac per hoc consequetur, ut vicinus eum patiatur ire agere. l. 5. pr. si usf. pet. l. pen. §. 1. eod. atque hoc effectu inspecto verum est, quod dicitur in l. 1. §. 4. de remiss.* *e In id, quod fructuarii interest. l. 15. §. 8. quod vi aut clam. præter confessoriam sc. l. 1. in fin. de op. nov. nunc.* *f d. l. 1. §. ult. d. l. 2. §. 4. de remiss.* *g Quo remedio etiam suo nomine uti potest. l. 13 §. 8. de dam. inf.*

dium est actio confessoria: quæ cùm sit præcipuum fructuarii præsidium, de ea jam cognoscamus.

Actio *h* cõfessoria, est actio in rem, quæ de servitutibus & maximè de usufructu cõpetit, ei, qui servitutem aliquam suam esse *i* asserit. Hujus actionis explicatio, ut ex cæterarum in rem, quatuor desiderat; cui detur hæc actio; adversus quem; quid intendat; & in eo quadnam sit officium judicis. Competit ei, qui usumfructum habet, sive possideat, sive *k* non: quamvis actio in rem de re corporali nunquã ultro *l* possidenti detur. Competit adversus eum, qui rem possidet, vel pro possessore habetur: itemque adversus eum, qui fructuariũ liberè uti frui *m* non patitur. Intentio hæc, ut aut restituatur res, si ab alio possidetur, aut ne ampliùs usus ejus *n* impediatur. Officium judicis in eo, ut fructuario intentionẽ suam probante adversarium sententiâ suâ condemnet, nisi fortè sine dolo possidere *o* desierit: quâ sententia duo complectetur *p*, declarationem juris fructuarii; & eam ipsam condemnationẽ. Condemnationis tria capita. Primum est de re restituenda, ut si possessor est reus, rem restituat; si possidenti vim facit, desistat: non parens, si quidem dolo malo, quãti adversarius in litem juraverit, si sine dolo, quanti res est *q*, damnetur. Alterum est de damno, ut si quid nocitum est fructuario, dum uti frui prohibetur, damnetur in id, quod *r* interest, damnum datum non esse. Tertiũ omnem causam, quæ litem contestatam secuta est, continet, ut & *s* fructus in cõdemnationem veniant, si non *t* possessor est, qui agit.

h Sic dicta ad discretionem negatoriæ de qua c. seq. in rerum corporalium vindicatione, verbo confessoriæ non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. rationem vid. apud Theoph. §. 2. Inst. de act.

i Quod ex repetita & sententia verborum magis, quam ex figura orationis æstimandum, ut rectè Don. add. §. 2.

k l. pen. pr. & §. ult. si usf. pet. sicut jus est in cæteris quoque servitutibus. d §. 2.

l d. §. 2. sufficit n. quod possideat. l. 1. §. 6. ut poss. In servitutibus non sufficit. quippe quarum possessio naturâ nulla, sed usus tantum, qui variè impediri potest etiam possidenti. ac proinde non obstat §. 4. Inst. de interd. Don. d. loc. *m Ista sunt in d. l. pen. §. 1. & l. ult. si usf. pet.* *n Ut fruendi libera facultas relinquatur fructuario. l. 3. & d l. pen. §. ult. eod.* *o l. ult. eod. aut post litem contestatam finitus sit ususfr. quo casu de præteritis sententia fertur. d. l. pen. § ult.* *p l. 8. §. 4. si serv. vind. ut & in rebus corporalib. l. 35. §. 1. de R. V.* *q l. qui restituere. 68. d. tit. de R. V.* *r l. 1 in fin de op. nov. nunc.* *s Non tantum quos percepit reus, sed & quos percipere potuit, sive petiti sint, sive non sint petiti. d. l. pen. l. 20. de R. V.* *t d. l. pen. §. ult. alioqui sibi imputare debet, quod fructus non perceperit.*

CAP.

CAP. LXXVI.

Onera fructuarii in re fructuaria: tum remedia ad ea exigenda proprietario proposita.

ONera fructuarii sunt præstationes, quæ ei pro commodis proprietarii imponuntur. Hæc aut in non faciendo, aut in faciendo. In non faciendo, ut ne re fructuaria contra conditionem rei abutatur; nevè quid faciat, quod quivis extraneus facere prohibetur. Hinc adversus delinquentem *u* actiones injuriarum, furti, damni ex lege Aquilia, interdictum Quod vi aut clàm. Quæ in faciendo sunt, graviùs onerant. Ea quatuor; ut rem tueatur; rei onera sustineat; finito usufructu restituat, quod inde extabit; horum omnium nomine caveat cum satisdatione. Tueri est rem, quæ est, in suo statu conservare, quatenus per curam & reparationē fieri potest. Tuitio hæc duas partes habet, quarum utraque definitione continetur: una est in cura & diligentia rei servandæ adversus imminentia pericula tali, qualem *x* diligens paterfa. suis rebus adhibere solet: altera in iis, quæ vitii aliquid contraxerunt *y*, consarciendis & reparandis sumtu † fructuarii: puta si quid reficiendum est, ut sarta *z* tecta præstet, animalia ægrota curet, gregem *a* suppleat, in locum arborum *b* demortuarum alias substituat. Rectè enim colere & quasi bonus paterfa. uti debet. Secundò onera omnia prediorum agnoscere *c* cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes publicas, quæ prædiis imponuntur: nisi eorum præstatio heredi *d* nominatim

u l.13.§.2.l.66. h. tit. de usuf. plenè si res deterior facta eo usu, ad quē parata est, non tenebitur fructuarius. exemp. in l.9. §.pen. us. qu. cav. l.12.§.1.h.tit.

x l.65.eod.l.1. in fin. & l. seq. us. qu. cav. arg. l.5. §.2. comm.

y l.7.C.h.tit. l.7.§.2.& 3. l.13.§.2.l.18. 45.64.& seq. l.62.ff.eod.

† Iuxta reg. naturæ.l.10. de R.I. junct. l.un. §.4. in fin. C. de Cad. toll.

z Nec n. quævis refectio ad fructuarium pertinet: nā si ædes vetustate aut vitio operis sine culpa ejus corruerint, non tenebitur reficere. d. l.7.§.2. reliqua a. quæ ad tutelam pertinent, ita facere tenetur, nisi paratus sit usumfr. derelinquere. l.64. eod. *a Non utiq; de suo, sed ex capitibus agnatis. l.68. §.2. eod. quod si non gregis aut universitatis usufr. nomine collectivo relictus sit, nihil supplere cogitur. l.70.§.3. eod. rationem varietatis explicat Conan. 4.2. sed ne tunc quidem, cum gregis usufr. legato, capita non demortua aut vitio corporis inutilia facta sunt, sed vi externâ perierunt. arg. l. 59. eod. effectus summissionis hic, ut demortua fiant fructuaris ex natura ususf. substituta statim acquirantur domino. l.69. eod.* *b Non vi eversarum. l.59. eod.* *c l.7.§.2. l.27.§.3. eod. ratio peti potest ex l.7. de publican.* *d l.52. h. t. quod eò pertinet, ut si quid fructuarius eo nomine præstiterit, id ab herede possit repetere. etenim jus fisci privatorum facto convelli non potest. l.42. de pact.*

injuncta sit. Tertium onus fructuarii est ex tacita conventione, ut cùm usufructus ad eum pertinere desierit, quod inde extabit, restituat his, ad quos rediturus est. Quartum est cautio fructuaria, ad domini proprietatis securitatem introducta *e*.

Cautionis hujus explicatio sex quæstionibus continetur; an omnes caveãt; qualis sit hæc cautio; quis caveat; cui; quid cautione contineatur; quis cautionis effectus. De prima sic statuendum; Ad omnem *f* omninò usumfructum omnemque fructuarium cautionem pertinere; in tantùm, ut ne à testatore quidẽ *g* remitti possit. Excipiuntur tamen duo *h*, pater in usufructu adventitiorum; item is, cui usufructu purè legato, proprietas ex die *i* debetur. Talem hanc cautionem esse oportet, ut & *k* satisdatio fidejussoribus datis accedat. Tertiò is cavere debet, ad quem usufructus pertinet: si ad plures, singuli pro sua parte, excepto eo, qui rogatus est suam partem *l* restituere. Quartò ei cavendum est, ad quem finitus usufructus *m* rediturus videtur; heredi, si proprietas legata non est: si legata est purè, legatario: si sub conditione, utrique: si duobus ejusdem fundi usufructus legatus est, & invicem sibi cavere debent, & simul *n* heredi. Quintò habet hæc cautio duas *o* causas, unam de usu, alteram de restitutione: ac de utroque cavere usufructuarium oportet, & usurum se boni viri arbitratu, quæ clausula superiora omnia, cautione & restitutione exceptâ *p* complectitur; & cum usufructus ad eum pertinere *q* desinet, restiturum, quod inde extabit, quibus verbis & res ipsa, &,

e l.1. us. qu. cav. l. 13. de usuf.

f Quocunque modo constitutum d.l.13. l.1.§.1. & 2. l.9.§.1.us.qu. cav. l. 29. de us.leg. l.4.C. h.tit.

g l.7.C.ut in poss. leg. ne amoto cautionis metu invitetur ad delinquendum: sententia & ratio commun. Clar. §. testam. q. 64. Gail. 2. obs. 145. cæterùm ab herede remitti posse vulgò existimant. putarẽ tamen remissionem non obstare heredi quo minùs cautionem posteà ex causa exigat. nã & hîc eadem ratio locum habet. eoq; jure utimur.

h l.ult.§.4 in fin.C.de bon. quæ lib. *i* Ex sententia edicti, quia certum est proprietatem ad eum perventurum. l.9.§.us.qu.cav. *k* l.7.d.t.l.13. ff.l.4.C. de usuf. ac nisi præstetur, denegabitur actio.d.l.13. Quid ergo si fructuarius adeo pauper sit, ut fidejussores reperire non possit? Humanum est, ut nudâ cautione contenti simus, & aut proprietarius jubeatur esse in possessione, aut bonorum curator constituatur. arg.l.5. §.2.de Carb. edict. ita judicatum refert Myns.6.obs.48. *l* l.9.pr.us.qu.ca.l.71.de V.S. *m* Is est proprietarius quidem semper, interdum tamen & fructuarius.l.1.& seqq.de us.acc. *n* Ita hoc explicatur in l. 8.us.qu.ca. *o* Propter quas sc. interponitur.l.1.§.ult.eod. *p* l.1.pr. & §. 3. d. tit. *q* l 3.pr.eod.desinere accipiemus, etsi nec cœperit.d.l.3.§.1.non utiq; ex verbi significatione. l.208.de V.S. sed ex sententia. arg.l.34.de R.J.

si culpa

ſi culpa fructuarii perierit aut deterior facta ſit, æſtimatio *r* continetur. Effectus cautionis hic, ut fructuario quid contra, quam officium ejus poſtulat, faciente, prior ſtipulatio *s* ſæpiùs etiam committatur in id, quod *t* intereſt proprietarii, ſequens ita demum, ſi uſuſfructus quoquo modo *u* finitus erit. Ex hac tamen parte actio interdum inutilis conſtituitur aut ipſo jure aut per exceptionem. Ipſo jure, ſi proprietarius proprietatem *x* alienaverit: ope exceptionis, ſi teſtator eam in alium tranſtulerit *y*.

Porrò ad ſuperiora onera exigenda prodita & proprietario ſua remedia. Si fructuarius rem non ut oportit, exerceat, ſiquidem damnum datum eſt, competit proprietario *z* actio ex ſtipulatu ex priore clauſula cautionis fructuariæ, præter ea *a* remedia, quæ adverſus cæteros comparata ſunt, qui rem alienam deteriorem fecerunt: ſin minùs, rem *b* vindicabit, ſi negligentia fructuarii arguatur, ex eadem parte *c* cautionis damnũ ſarciet. Finito uſufructu altera illa ſtipulatio *d* committitur. ſed & omiſſo cautionis remedio res vindicari & poſſeſſio *e* condici poteſt. At quid ſi fructuarius non caverit, quomodo cautio ab illo obtinebitur? Nondum tradito uſufructu, petens exceptione cautionis non præſtitæ *f* removebitur: tradito, poterit proprietarius rẽ *g* vindicare, aut ſtipulationem *h* condicere. Quod ſi omninò neget proprietarius uſumfructum ſe debere, actione negatoria ultrò experiri poteſt, quæ eſt altera de ſervitutibus actio, propoſita domino *i* neganti ſe ſervitutẽ debere. Datur hæc actio & poſſidenti & non *k* poſſidenti, ſimiliter, ut confeſ-

r *Qui ſenſus eſt Vlp. in d. l. 1. in fin.*
s *Quia ſæpius hic peccari poteſt. d. l. 1. §. pen.*
t *Vt evenit in omnibus faciendi obligationibus. §. ult. Inſt. de V. O. l. 13. in fin. de re jud.*
u *d. l. 1. §. 6. atqui quomodo probabitur, quæ res & quales ab initio fruendæ datæ ſunt? in hoc conſilium dat Vlp. in d. l. 1. §. 4.*
x *l. 3. §. ult. uſ. qu. ca.*
y *d. l. 3. §. 3. & l. ſeq. eod. idemq́; eſt, ſi uſuſfr. repetitus erit legato. d. l. 3. §. 2.*
z *In id, quod intereſt. ut c. præc.*
a *De quib. in principio ſuper. c.*
b *Exceptionẽ replicatione doli elidendo. arg. l. 7. uſ. qu. ca.*

c *l. 13. §. 2. de uſufr. de qua actione accipienda eſt l. 70. pr. d. tit.* d *Vt pote quæ apertè ita concepta eſt, ſi uſuſfr. ad eum pertinere deſinet.* e *Condictione ſine cauſa. l. 1. de cond. ſin. ca.* f *d. l. 13. pr. ex conditione edicti. l. 1. uſ. qu. cav.* g *Exceptionem fructuarii doli mali replicatione removendo. d. l. 7. uſ. qu. cav.* h *d. l. 7. non rectâ, ſed obliquâ viâ condicendo rem ipſam condictione ob cauſam cauſâ non ſecutâ. arg. l. 1. de cond. ca. da. ca. non ſec.* i *l. pen. pr. §. 1. & ult. ſi uſ. pet. l. 2. ſi ſerv vind. § 2. Inſt. de act. atqui nemo de alieno jure agere poteſt. at inquam dominus hoc ipſo de ſuo jure agit, vindicat jus & libertatem ſuæ rei. d. l. pen. pr.* k *d. l. pen. §. 1. & ult.*

ſoria,

soria, adversus possidentem & non possidentem, qui modò ususfructus controversiam facit. finis est, ne proprietarius amplius *m* inquietetur. Officium judicis hìc idem ferè & commune cum actione confessoria.

m d. §. ult. in fin. si res possidentis fiat, ut ne amplius fiat, non possidentis res restituatur.

CAP. LXXVII.

Quibus modis ususfructus amittatur: amissus ad quos redeat.

EX tribus partibus propositis universæ hujus quæstionis de usufructu, tertia superest, ut quæramus, quomodo amittatur. Amittitur ususfructus tribus ex causis: aut soluto jure auctoris; aut lege constitutionis; aut ipsa naturâ ususfructus. Soluto jure auctoris, si usufructu sub conditione legato, heres eum interim alii constituerit, & conditio *n* extiterit. Lege, veluti si usufructu sub conditione vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies *o* venerit. Naturâ suâ extinguitur ususfructus tribus modis; aut ex persona fructuarii; aut ex re ipsa; aut ex conjunctione ususfructus cum proprietate. Ex persona fructuarii tripliciter; morte, capitis deminutione; non utendo. Morte fructuarii jus hoc, ut pote personale, finiri *p* certum est. In servo mors domini, in filiofa. superstite post obitum patris, ipsius filii, antè mortuo, patris *q* spectanda est. Capitis minutione ususfructus corrumpitur non omni, ut olim, sed maximâ duntaxat & *r* mediâ, tanquam morte quædam civili.

n l. 16. h. tit. quib. mod. us. am. quod & accidit in reliquo jure à domino ante constituto. l. 31. de pign.
o Quo fit, ut ipso jure finiatur. l. 4. de usuf. l. 1. §. ult. qu. di. usf. leg. l. 5. l. 12. C. de usuf. nec obstat l. 44. §. 1. de O. & A. nec n. finitur usuf. tempore, sed simul cum tempore extinguitur. natura n. usuf. est, ut cottidie constituatur & finiatur. quippe qui in facto consistit. facta a. postquam perfecta sunt, esse desinunt l. 1. §. pen de us. accr. *p §. 3. Inst. de usuf. l. 16. C. eod. l. 3. §. ult. h. tit. quid si civitati aut municipibus relictus sit? placuit 100 Annos durare, quia is finis est hominis longævi. l. 56. de usuf. l. 8. de us. leg idemq; probandum est. si ecclesiæ relictus sit. deletâ tamen ante id tempus civitate, ususf. quasi morte extinguitur l. 21 h. t. Si proprietas ita legata sit, ut ususf. apud heredem maneat, ususf in persona primi heredis consistit. l 14. C. de usuf.* *q Quasi duplici usuf. constituto. l. ult. C. eod.* *r §. 3. Inst l. 16. §. ult. C. d. tit. quibus fructuarius numero liberorum hominum aut civium eximitur. l. ult. de cap. min. §. 1. Inst. quib. mod. jus pat. pot.*

Non

Non *s* utendo amittitur trifariam; aut cum *t* omninò non est usus fructuarius; aut non per *u* modum utenti in constituendo præscriptum; aut per modum quidem, sed cum *x* nesciret usumfructū sibi relictum esse, usus tantùm sit, non etiam fruitus. Sed hæc omnia ita, si constitutum tempus accesserit, quod *y* usucapioni rerum corporalium præstituitur. Ex re quoque triplici modo amittitur; rei interitu; mutatione; occupatione hostium. Rei totius interitu usumfructum extingui necesse est, ut pote sublato *z* corpore, in quo consistebat. Mutatione rei amittitur usufructus, cum res ita † mutatur, ut in aliam formā & *a* nomen transeat: usq; adeò, ut ne reliquæ quidem partis debeatur; ut si verbi gratiâ ædiū usufructu legato, superficies corruerit, placet ne *b* areæ quidem usumfructum deberi. sed & si restitutæ sint novæ ædes, usumfructum tamen restitui *c* non placuit. Planè si non nova res, sed vetus restituatur, area fortè sublato ædificio, aut ager inundatus recessu fluminis, aliud dicendum *d* est. Occupatione hostium ita amittitur, ut jure postliminii rei jam liberatæ usufructus *e* restituatur. Postremò finitur usufructus ex conjunctione cum proprietate, cum scilicet aut proprietarius usumfructum, aut usufructuarius proprietatem *f* adeptus est, quæ res *g* consolidatio appellatur.

Et sunt quidem hi modi, quibus usufructus amitti-

s Quatenus sc. non utitur. l. 25. h. t. neq; per se, neq; per alios, qui ejus negotia gerūt, aut quibus usumf. vendidit, locavit, gratis concessit. l. 38. de usuf. quid tamen si nec isti utantur? & siquidem donatarius non utatur, non retinebit usumf. contrà, si emptor aut conductor 2. quia qui pretio aut mercede fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re. d. l. 38. & 2. seqq. adhibe tamen temperamentum ex l. 29. h. t.

t De quo nullum dubium. l. 16. C. de usuf.

u d. §. 1. exemp. in l. 2. de aq. cott. l. 10. §. 1. & l. seq. qu. serv. am. *x Secus si sciebat. l. 20. h. tit.* *y d. l. 16. §. 1. C. de usuf. junct. l. un. C. de usuc. transf. l. ult in fin. C. de long. temp. præs.* *z l. 2. ff. de usuf. Inst. eod. pr.* *† etiam ab ipso proprietario: sed tunc succurritur fructuario actione ex testam. aut aliis remediis l. 5. §. ult. & l. seq. h. t.* *a Non quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei, sed quia per nomina cognoscimus & dignoscimus rerum naturas, teste Plat. in Cratyl.* *b l. 5. §. 2. h. tit. plurib. exemp. hoc declaratur in d. l. 5. §. ult. & multis ll. seqq. eod. Cur igitur non idem placet in reliquo jure? Non in pignore. l. 29. §. pen. de pign. non in servitutibus. l. 20 §. 2. de ser. urb. non in grege legato. §. 18. Inst. de legat? dicemus in usuf. hoc specialiter receptum, ne diu inutilis maneret proprietas. arg. §. 1. Inst. de usuf.* *c l. 10. §. 1. h. tit. l. 36. de usuf.* *d d. l. 36. l. 23. & seq. h. tit.* *e d. l. 23. ut & cætera jura. §. 5. Inst quib. mod. jus pat. pot.* *f Quod quibus modis contingat, cognoscere licebit ex l. 17. 27. de usuf l. 3. § ult. us. qu. ca. §. 3. Inst. de usuf ubi verba cedendo extraneo nihil agitur, explicanda sunt ex l. 66. de jur. dot. ut rectè monet Pac.* *g d. §. 3. l. 3. in fin. de us. accr. & confusio. l. 4. us. qu. c.*

tur,

tur, neque ſunt plures: cęterùm duplex hujus juris exceptio eſt. Primùm uſuſtructus legatus, cujus dies nōdum ceſſit, neque *h* non utendo, neque *i* capitis minutione amittitur. Cedit uſuſfructus legati dies tunc, cùm & peti poteſt: ſi purè relictus eſt, ab adita hereditate; ſi in diem, cum & dies *k* venerit. Altera exceptio eſt in *l* repetitione uſuſtructus. Repetitur uſuſtructus aut apertè his verbis, Si amiſſus erit; aut tacitè repetitus intelligitur, cum alicui legatur, quamdiu vivet, aut ad certum aliquod tempus. Repetitus generaliter uſuſtructus, aut quādiu fructuarius vivet, duobus tantùm modis intercidit, morte fructuarii, aut rei *m* mutatione. Specialiter repetitus, puta quoties capite deminutus erit, illo duntaxat modo non perit. Ad certum tempus relictus, præterquam ſi mors aut rei mutatio intervenerit, uſque ad id tempus omnino debebitur. Sed & commemoratio temporum repetitionis *n* poteſtatem habet, ſi alternis puta diebus aut in dies annoſvè ſingulos uſuſtructus relictus eſt. quanquam & alia ratio eſt, cur tale legatum ſolā morte & rei mutatione amittatur, nempe quod ejus legati dies non ſimul & ſemel, ſed per tempora adjecta cedat.

Uſuſtructus amiſſus videamus ad quos redeat. Et ſiquidē totus amiſſus erit, ad proprietatem citra controverſiam revertitur: ſin pro parte tantùm, ita demum, ſi non plures in eundem uſumfructum *o* conjuncti ſint. Conjuncti inter ſe jus *p* accreſcendi habent. De quo jure videri poterat ſatis à nobis in ultimis voluntatibus dictum, niſi propria quædam eſſent hujus juris in uſufructu conſideranda. Sunt autē tria. Primū eſt in parte deficiente & accreſcente, in quo hoc ſingulare, ut & conſtituta & amiſſa nihilominus jus accreſcendi *q* admittat. Alterum eſt in perſona ejus, cui accreſcit, ut & is jus accreſcendi habeat, qui ſuā partē vel non agno-

h l.28.h.tit. quia fructuarius eo nec uti potuit.

i l.1.§.1.eod. dicitur a. amitti abuſivè, amiſſâ ſpe acquirendi.

k l.un.§.2.& ſeq.quan.di.uſ.leg.ced.

l Repeti uſuff. dicitur, cū teſtator uſumf. quem ab initio legavit, iterum eidem legat, ſi amiſſus erit l.3.§.1.h.tit. ab heredibus quoq; repeti poteſt: l.5.eod. ſed eo legato primus heres tantùm continetur, ut paulò ante quoq; monuimus. l.14.C. de uſuf.

m Hæc & quæ ſequūtur, ſunt in l.3.l.5.pr.& §.1. l.2.§.1.ff.h.tit.

n d.l.2.§.1. l.4. de ann. leg. ſequens ratio eſt in l.un.pr.qu.di.uſ.leg.

o Aut nō omnes conjuncti eum amiſerunt l.1.pr.& §.3.l.3.pr.de uſ.acc.

p Quocunq; modo conjungantur. d.l.1.pr.& d.l.3.eod.

q d.l.1.§.3. Hoc ideo, quia uſuff. cottidie conſtituatur & legatur, non ut proprietas eo ſolo tempore, quo vindicari poteſt, id eſt, quo nondum quæſita eſt. d.§.3.

vit

vit vel *r* amisit. Tertium est, ut quâvis conjunctio jus accrescendi inducat tantùm inter eos, quibus ejusdẽ rei ususfructus solidus constitutus est vel conjunctim vel *s* separatim, tamẽ hoc amplius in usufructu conjunctio, eoque & jus accrescendi esse intelligatur, si alteri ususfructus, alteri *t* fundus legatus est. Illud positum ac fixum esse potest, in contractibus non esse jus accrescendi, sed in ultimis *u* voluntatibus duntaxat.

c l.10. de usf. accr. Haud dubiè ob eandem causam, quia cottidie constituitur & legatur. Hinc illud veterum, portionem fundi, velut alluvionem, portioni. usumfr. personæ accrescere. l.33. in fin. de usuf. Cujac. aliquot distinctionibus utitur, 9. obs. 11.
s d.l.1. pr. d.l.3. eod. non si cuique separatim partis rei. d.l.1. pr. partibus n. fundi divisis, nulla conjunctio est, sed duo diversi ususf. quo pertinet d.l.1. §. ult. l.2. l. pen. & ult. eod. si permixtì fuerint conjuncti disjunctis, conjuncti unius potestate personæ funguntur. d.l.1. §.1. l.7. & 9. eod.
t d.l.3. §. ult. aut proprietas non deducto usuf. d.l.9. cujus rei hæc ratio, quod ususf. non seperatus pars sit proprietatis aut dominii, ut sup. c.68. demonstravimus. alia species hujus juris propria est in d.l.3. §.1.
u Vt rectè Ioan. Swev. lib.2. de jur. accr. c.2. post Cujac. in l.64. de cont. empt.

CAP. LXXVIII.

De usu, habitatione, & operis servorum.

Reliquæ sunt servitutium personarũ adhuc formæ duæ, usus & habitatio. Usus est jus utendi rebus alienis, salvâ rerum substantiâ. Quæstio hîc item triplex; quomodo usus constituatur; constitutus quid contineat & quomodo conservetur; inde quo pacto amittatur. De hisce partibus omnibus *x* eadẽ ferè sunt juris pręcepta, quę suprà tradidimus. Tantùm in constitutione hoc interest, quod ususfructus & proparte vel indivisa vel divisa constitui potest, usus pars legari *y* non potest. In amissione hoc, quod usus semper ad proprietatem redeat, nunquam plures in eundem usum *z* conjungantur. Cæterùm in jure ipso utendi præcipua est harum rerum differentia. siquidem multò angustiùs patet usus, quam ususfructus. Uti est rem tractare, commoditatis alicujus gratiâ, quãtâ usuarius

x l.1. ff. Inst. pr. h. tit. eadem remedia. l.17. eod. onera, ut satisdatio. l.5. §.1. usf. qu. cav. junct. l.15. in fin. & l. pen. h. tit. in cæteris oneribus hac distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera sustineat: si ad proprietarium, hunc onera sequantur: sin verò ad utrumq; pro rata dividantur. l.18. eod.
y l.5. de usuf. l.1. §.9. ad l. falc. nam frui quidem pro parte possumus, uti non æquè. l.19. eod. siquidem usus solo facto terminatur: usufr. emolumento dividuus est. qua de re accuratius disputamus lib.2. c.46.
z Nec possint: quia partem non recipit, ut dictum est.

egeat

egeat ad usum *a* quotidianum: si ui dicimur etiam ad compendium. Unde est, quod usuarius nulli alii jus, quod habet locare aut vendere aut gratis concedere *b* potest, cùm is, qui usumfructũ habet, possit hæc *c* omnia facere. Quid autem rei cujusque usu contineatur, veteres, quatuor speciebus propositis, ordine explicarunt, usu *d* ædium *e*, fundi *f*, pecorum *g*, servorum. unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest.

Habitatiò est jus in ędibus alienis commorandi cum personis & rebus quoquo modo ad se pertinentibus, salvâ rerum substantiâ. Hoc genus servitutis neque usus est, neq; ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus ab utroque *h* separatum. Usus & ususfructus magis in jure, habitatio in *i* facto potius consistit. Usus & ususfructus capitis minutione amittuntur, habitatio *k* nequaquam. Usus locari non potest, habitatio *l* potest. Habitatio tantum est in ædibus, usus etiam † in aliis rebus. Cæterùm effectu idem penè est legatum habitationis & *m* usus, nisi quod locandi jus ad naturam ususfructus propiùs accedat.

Quid operæ servorum? vix est, ut servitutibus personarum adnumerari possint. Primùm, quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex re, quæ eas debet *n*, æstimantur. Secundò, quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in *o* actu & ministerio hominis consistunt. Et quia ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant aut intereunt: consequens est, ut nec morte ejus, cui præstantur, nec capitis minutione aut non utendo *p* a[mi]tti debeant. Consequens & illud, ut servo usucapto, & ipsæ *q* pereant. quamvis nec usumfru-

a *l.2.pr.l.12.§.1.ff.§.1.Inst.eod.*
b *d.§.1.l.8.l.11.12.§.ult.eod. interdum tamen aliud suadet conjectura voluntatis, ut in specie d.l.12.§4.& l pen. pr.eod.*
c *Quia sunt in fructu & emolumento rei, quod totũ est fructuarii, quomodo cunque percipiatur.*
d *Quo quid contineatur fusè explicatur in l.2.& 6.seqq.l.pen.§.1.ff.& §.2.Inst.eod.*
e *In l.10.§.ult.l.11.l.12.pr.& §.1.l.15.eod.*
f *d.l.12.§.2.& 2.seqq.ff.§.pen.inst.eod.*
g *§.3.Inst.d.l.12.§.ult.l.14.l.16.§.ult.& l.20.eod.*
h *l.13.C.de usuf.§.pen.Inst.h.tit.*
i *l.pen.de c.minut.*
k *Quod superiori consequens d.l.pen.l.10.h.tit: hinc n. fit, ut habitationis legatæ dies non semel cedat, sed per dies singulos exemplo usufr. in singulos dies relicti.l.1.pr.qu.di.us.leg.arg.d.l.pen.*
l *d.l.13.C.de usuf.d.§.pen.*
† *Unde usus etiam necessaria alimenta continere potest.d.l.12.§.1. Habitatio non item.*
m *d.l.10.l.32.de usufr.*
n *Quod nomen operarum satis ostendit. Cujac.7.ad Afr.in l.37.de usuf.*
o *l.1.h.tit.de op.serv.Hotom.ill.quæst.41.*
p *d.l.2.tit.l.2.de usuf.leg.Cujac.d.loc.cur.enim non utendo aut capitis minutione creditoris non amittantur, etiam hæc ratio est, quod cottidie cedunt, nec ante debentur, quam indictæ.l 24.de op.lib.*
q *Propter quandam velut mutationem in persona servi.l.2.in fin.de us.leg.*

ctum,

ctum, nec ullum aliud jus alienum superveniens *r* perimat usucapio. Rectè tamen dixerimus, operis servorum legatis usumfructum videri legatum, propterea quod fructus hominis in operis consistit, & retrò in fructu hominis operæ sunt, ut ex his & mercedem percipere, & operas ipsas locare liceat *s*.

r l. 19. quib. mo. us. am. l. 44. §. 5. de usuc. l. 7. C. de pign.
s d. l. 2. de us. leg. l. 3. & 4. h. tit.

CAP. LXXIX.

De servitutibus prædiorum.

Adhuc de priore genere servitutium, earum videlicet, quæ personæ debentur: sequitur alterum, rerum sive prędiorum: quibus in usu juris generis ferè nomen per excellentiā tribui solet. Servitus prędii est, *t* quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii perpetuum usum. Hujus definitionis partes sunt quatuor: prima tanquam materia, res est: secunda tanquā finis, *u* utilitas: tertia tanquā forma, utendi perpetua facultas: quarta tanquam efficiens, constitutio servitutis. Materia huic generi subjecta, unde & nomen acceperunt, sunt prædia: sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur, utrinq; prædia esse necesse est: Hinc, ut sit, cui imponatur servitus: illinc, ut sit, cujus causâ constituatur. Utilitas duo desiderat; unum, ut *u* utilis sit servitus prædio dominanti, alterum, ut ad ejus prædii *x* solius usum sit constituta. Perpetui usus facultas tria desiderat: primùm, ut sint utrinq; prædia quorum alterum servitutem perpetuò præstare, alterum eandem recipere possit: secundò, ut sint *y* vicina, aut si intermedium, ne sit tale, quod impediat † usum servitutis, quale ferè est *z* medium prædium alienum,

t l. 1. comm. præd. §. pen. Inst. h. tit.
u l. 8. h. tit. qui finis est omnium servitutum. l. 15. eod. utilitatem autem sic accipimus, ut & amœnitatis commodum complectamur. l. 3. de aq. cott.
x l. 5. in fin. de serv. rust. præd. ideoq; si quid nobis cōstitutum sit in alieno, quo etiam extra fundum uti liceat, placet servitutem prædii non esse. quod declaratur exemplis in l. 4. & 2. seqq. d. tit

y Conjuncta aut continentia, quorum ex uno ad alterum servitutis usus pervenire possit. d. l. 5. l. 14. §. ult. de al. leg. *† Aut in totū aut ex parte. l. 9. §. ult. de serv. rust. l. ult. eod.* *z In rusticis quidem semper d. l. 9. §. ult. in urbanis, si talis sit servitus, ut ab unis ædibus in vicinas, aliquid immittatur, projiciaturve. arg. l. 1. de serv. præd. urb. etiamsi locus, qui intercedit, publicus sit, aut sacer &c. l. 2. ne quid in loc. publ. l. 14. §. ult. C. hoc tit. sin a. in loco intermedio nihil facere necesse est, non impedit servitutem. ut in servitute, ne luminibus officiatur, si ædes intermediæ sint depressæ. l. 7. §. 1. com. præd. etiamsi locus sacer &c. interveniat. arg. l. 17. §. pen. de aq. pluv. publico loco intercedente nec iter, actus, aut via impeditur. l. 14. §. ult. h. tit. Quid si flumen? vid. l. ult. de serv. rust.*

quod non servit: Tertiũ est causa servitutis perpetua. De quo veteres sic statuerunt; Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere *a* debent. Perpetuum illis est, quodcunq; ex naturali causa oritur, etsi non *b* assiduè: ut in stillicidio aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assiduè pluit. Causam servitutis vocant id, cujus aut arcendi à nostro, aut in nostro habendi gratiâ servitus *c* constituta est: ut, exempli gratia, in stillicidio & aquæ ductu, causa ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua: illic, ut ab ædibus nostris avertatur: hîc, ut aqua ducatur, & in nostro habeatur. De constitutione servitutis mox dicetur in commune, ubi singulas ejus species comminùs inspexerimus.

Servitutum prædiorum duo sunt genera, unum urbanorum, rusticorum alterum. Urbana prædia omnia ædificia accipimus, etiam quæ ruri sunt in villa *d* ædificata. Urbanum enim prædium non locus facit, sed materia. Servitutes igitur urbanorum prædiorũ sunt, quæ ædificiis, quibus debentur, inhærent. Has ex triplici fine in tria genera partimur: Comparatæ enim sunt aut ad ædes dilatandas, aut ad interiores ædium commoditates; aut ad ædes exonerandas. Primi generis species sunt quatuor, jus *e* tigni immittendi; projiciendi, protegendi, oneris ferendi. In prima specie hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum immittere in *f* parietem vicini. In secunda, ut liceat aliquid projicere in ædes aut aream vicini, hoc est, ita provehere, ut *g* nusquam requiescat. Hujus species quædam, est jus protegendi, cum protegendi *h* causâ quid emittitur, ut non requiescat. In postrema specie, nem-

a Definitio totidem verbis tradita in l.28. de serv. urb.

b d.l.28 quod n. naturaliter fit, perpetuum videtur, etsi non fiat assiduè, ut defectio lunæ Arist.1. post.8. sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuũ habetur, si ejus causa prædium aut pars prædii parata est: ut servitus fumi immittendi. l.8. §.5. si serv. vind.

c d.l.28.l.1. §.4. de font, vulgo DD. distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, sed male: quia causam confundunt cum possessione.

d l.198. de V.S. §.1. Inst.h.t. l.1. com. præd. unde per contrarium intelligitur, rustica dici, loca ædificiis vacua, in urbe aream, ruri agrum l.2.11. de V.S. quæ distinctio usum habet, cum de effectu juris quæritur. arg. l.4. §.1. in qu. ca. pig. alioqui extra hunc effectum nihil prohibet prædia eorumq; servitutes loco distinguere. quod & fecit Nerat. l.2. de serv. rust. hæc explicatio, quam aliorum, simplicior est. *e Quo verbo significatur omnis materia, ex qua ædificia fiunt sive lignum sit, sive lapides. l.62. de V.S. hæc a. species servitutis & tres sequentes recensentur in l.1. & 2. de serv. urb. & §.1. Inst. h. t.* *f Ita, ut ibi requiescat. l.242. §.1. de V.S.* *g Qualia sunt mæniana & suggrundæ. d.l.242.* *h Ita protectum distinguitur à suggrunda in edicto. l.5. §.6. de his qui dei. utimur protecto aut ad umbram, aut arcendos imbres.*

pe

pe oneris ferendi. hoc amplius eſt, quam in tigni immittendi, quod vicinus immiſſi tigni onus ſuſtinere, id eſt, reficere tignum *i* debeat ad eum modum, qui ſervitute impoſita comprehenſus eſt, idoneuḿque oneri ferendo præſtare, contra *k* naturam ſervitutum. Secundi generis *l* ſervitutes ſunt hæ, altius non tollendi; ne luminibus officiatur; proſpectus ſeu ne proſpectui officiatur; altiùs tollendi; ſtillicidii non avertendi. Servitus altius non tollendi ob eum finem conſtituitur, ne luminibus officiatur. quod ita accipiendum eſt, ne officiatur altiùs ędificando, non etiam ne alio *m* modo, ut à naturali libertate quàm minimùm recedatur. Luminum ſervitute conſtitutâ id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra *n* excipiat. Cum autem ſervitus imponitur, ne luminibus officiatur: hoc quidem maximè adepti videmur, ne jus ſit vicino altiùs ædificando lumina noſtra minuere: cæterùm & contra hanc ſervitutem facit, qui quoquo modo luminibus *o* officiat. Servitute proſpectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem proſpectum & liberum: & cùm lumen tantùm ſit ex loco ſuperiore, proſpectus etiam ex *p* inferioribus locis eſſe poteſt. Cui ſervitus altiùs tollendi conſtituta eſt, vindicare eam confeſſoriâ poteſt. Nam ſi lege municipali certa ædificiorum forma *q* altitudoque præſcripta eſt, ſupra quam ædes tollere invito *r* vicino non liceat, qui luminibus vicini officere velit, formam ac ſtatum ędificiorum cuſtodire debet, excedere volenti ſervitute opus eſt. Quod ſi nulla talis forma præſcripta eſt, ne-

i l.6. §.2. ſi ſerv. vind. l. 33. de ſerv. urb.

k l.15. §.1. h.tit. ideoque Gallo videbatur non poſſe ita ſervitutem conſtitui. ſed evaluit Servii ſententia poſſe. d.l. 6. §.2. cum neceſſitas ſervitutis prius impoſitę hanc refectionem poſtulet. Principaliter igitur id agitur, ut in alienum quid immittatur. per conſequentiam, ut immiſſum adverſarius reficiat.

l Enumeratæ in d.l.1.2.3. & 4. de ſerv. urb. & d. §. 1. Inſt. hoc tit. §. 2. Inſt. de act.

m l.6. junct. l.12. de ſerv. urb. l.8. C. h. tit.

n l.4. ff. d. tit. quod ſic interpretor, ut mihi liceat feneſtram in vicini parietem immittere: nam in meo quin id facere invito vicino, poſſim, dubitare non oportet. l.8. §.5. ſi ſer. vind. eamq́; interpretationem omninò ſuadent verba, quibus I.C. in oppoſitâ ſpecie utitur, (lumina noſtrorum ædificiorum) non ob. at l. pen. de ſerv. urb. quia apertè loquitur de pariete communi. apud nos plerumq́; ſtatuta obſtant. Licebit utiq́; vicino ſuas ædes tollere, aut quid erigere in ſuo, quo lumen præcludat. l. 9. d. tit.
o d.l.4. junct. l.15. l.17. pr. & §.2. eod. eodem ferè modo diſtinguit Hotom. 2. amic. 4. & Ant. Fab. 19. conj. 5. Fuſius de his ſervitutibus agit Cæpoll. 1. 35. & ſeq. de S. V. *p Vid. l. 3. l. 12. d. l. 15. & 2. ſeqq. eod.* *q Sicut Romæ factum fuiſſe hiſtoria docet. Tac. 15. annal. add. Ravard. 3. conj. 12. [illegible] fab. ad l. 61. de reg. jur.* *r Non ſi præciſè: nam pactis privatorum juri publico derogari non poteſt. l. 38. de pact.*

gatoria competit, quâ servitus negatur, asseritur *s* libertas. Postrema species est stillicidii non avertendi: quâ hoc continetur: ut ne jus sit vicino avertere stillicidium ædium suarum in nostras ædes. Sed & hoc jure naturæ & libertatis rei nostræ non cogimur pati, quamdiu *t* lege civitatis ab hoc jure non est recessum. Tertii generis species sunt tres; jus *u* cloacæ immittendæ, fumi *x* immittendi; stillicidii & fluminis *y* avertendi in ædes aut aream vicini.

Rustica prædia, sunt loca ædificiis vacua. Servitutũ rusticorum prædiorum tria sunt genera: primum, ut per alienũ ad nostrum perveniatur: secundum, ut quid ex vicino sumere liceat: tertium, ut prædium nostrum exoneretur. Primi *z* generis species quatuor iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus *a* eundi & *b* ambulandi *c* hominis; non etiam jumentum agendi vel vehiculũ. Actus est jus agendi *d* jumentum vel vehiculum. Via est jus *e* eundi, agendi, ambulandi: nam iter & actum via in se *f* continet. Aquæductus est jus aquæ *g* ducendæ per fundum alienum. Secundi generis sunt omnes servitutes, quæ ad hoc cõparatæ sunt, ut quid ex alieno prædio sumere liceat, quod ad usum nostri transferatur:

s Cujus jure libertatis liceat mihi ædes meas tollendo vicinas obscurare. l. 9. de ser. urb. quæ communis ferè est explicatio, tradita primùm à Io. fab. probata à Zas. Beron. Don. ad §. 2. Inst. de act. arg. l. 11. ff. d. tit. l. 1. C. de æd. priv. l. 1. C. h. tit.

t Lege n. civitatis caveri potest, ut unicuique liceat stillicidia ædium suarum obversa habere in alienum.

u l. 7. h. tit. cloaca à conluendo dicta auctore Festo. definitur ab Vlp. in l. 1. §. 1. de cloac.

x l. 8. §. 5. si serv. vind. de quo Capoll. c. 53. de ser. urb.

y l. 2. de serv. urb. §. 2. Inst. h. t. seu fluminis & stillicidii immittendi. l. 28. eod. eadem est servitus stillicidiorum & fluminum. l. 1. eod. stillicidium est, quod è tecto cassitat, id est, stillatim labitur. l. 20. §. 3. & seq. eod. flumen cum aqua è tecto per tubulos in canalem aut alveum recepta majore impetu fluit Hinc Paul. negat stillicidium inferius demitti posse, ne pro stillicidio fiat flumen. Altius tolli posse: quia levior eo modo fiat servitus. d. l. 20. §. 5. plura vid. apud Capoll. c. 28. & seq.

z Hoc genus commune utrinsq; prædii. d. l. 20. §. 1. l. 14. comm. præd.

a l. 1. de serv. rust. Inst. pr. h. t. eo continetur & qui lectica vehitur, aut equo. l. 7. & 12. eod.

b Id est, ultro, citroq; commeandi ob res prædio necessarias. Hot. ad. d. pr.

c Vt excludantur pecudes, quæ alioqui etiam ire dicuntur: ut Ite meæ, quondam felix pecus. &c.

d d. l. 1. & d. pr. quo tamen & iter sine jumento voluntate concedentis continetur. d. l. 1. arg. l. 21. de R. I. Hinc qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit. l. 58. de V. O. enimverò si ita convenerit, ut actus esset sine itinere, pacto valebit. l. 4. §. 1. si ser. vind. quod igitur dicitur in l. 1. de ad. leg. actum sine itinere esse non posse, de itinere ipsius actus parte accipiemus.

e Quidam docti viri reponunt, vehundi. arg etymologiæ. de qua Var. lib. 4. de ling. lat.

f Naturâ suâ, ut partes continet totum. d. l. 1. quare si convenerit, ut via sit sine actu aut itinere, conventio nullius momenti erit. arg. l. 17. & l. pen. de pact. est & accidentalis quædam differentia ratione latitudinis. l. 8. eod. & qui viam habet, tigna trahere & hastam ferre potest, non item qui actum. l. 7. eod.

g Canali aut fossa ducta ex fonte alieno. de quo fusè Capoll. c. 4. de serv. rust.

ratur: quo etiam illud continetur, quod in pecora, quæ prædii causâ habentur, aut ad fructus prædii exprimendos confertur: Cujus *h* generis servitutes sunt hę, aquę haustus, pecoris ad aquā appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendę, ligni eximendi, & id genus aliæ. Tertii *i* generis sunt, jus fructus cogendi coactosq; habendi in alieno, lapides in vicinum provolvēdi, indeq; exportandi, & si quæ sunt *k* similes.

Illud in universum de toto hoc generē tenendum est, jura omnia, quæ alioqui naturâ suâ prædiorum sunt servitutes, ex accidentia interdum fieri servitutes personarum, nempe si id actum est, ut personæ tantùm tribuantur. Quod aliàs ex *l* verbis constitutæ servitutis, aliàs ex genere *m* personarum æstimator.

h Vide de his d.l.1.§.1.l.2. & 3.pr. & §.1.l.4.& 2. seqq.eod.l.14. §.ult. de al. leg.§.2. Inst. h.tit.

i De quibus est in d.l.3.§.1.& 2.

k Veluti, ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. l.29.eod.

l Exempl.in. l.4.d.tit.

m Puta si pro affectu sanguinis, filio aut cognato servitus constituta sit. l.pen. de serv. leg.

CAP. LXXX.

De constitutione & acquisitione servitutum.

SPecies servitutum singulas contemplati sumus. Deinceps igitur, ut paulò antè promisimus, de constitutione earum dicamus. Modus *n* constituendi servitutes duplex: aut enim alieno facto constituuntur & acquiruntur, aut nostra ipsorum quasi possessione. Factum alienum aut à judice est, aut à privatis. A judice servitus constitui potest in duobus his judiciis, familiæ erciscundæ & communi dividundo per *o* adjudicationem. Inter privatos constitutio tria desiderat; personam constituentis; personam acquirentis; modum constituendi. In persona constituentis hoc exigimus, ut sit *p* dominus prædii, & quidem totius, non pro parte indivisa. Communi prædio unus ex sociis ne

n Qui quidem ad imposititiam servitutem, de qua agimus, pertinet. cæterùm inferior semper fundus superiori hanc servitutem naturâ debet, ut aquam profluentem excipiat, quod incommodum cum pinguitudine terræ, quæ simul defluit, compensatur. l.1.§.pen.& ult. de aq.pl.arc.

o Cum utrique prædium adjudicat. l.22.§.3.fam.ercisc.l.18. com.divid.

p l.1.§.1. com. præd.§.pen. Inst. h. tit. de servit. quâ appellatione etiam emphyteutam & superficiarium complectimur tam in persona imponentis, quam acquirentis.

pro *q* parte quidē ſua ſervitutem imponere poteſt: niſi ſimul omnes eodem *r* tempore cedant. Utiquę tamen qui anteà ceſſit, vetare me uti ceſſo jure non *s* poteſt. In perſona acquirentis idem per omnia cuſtoditur: nam ut nemo ſervitutē conſtituere poteſt, niſi qui prędium habet, cui imponat, ita nec quiſquā acquirere, niſi qui prædium habet, cui acquirat, quique ejus prædii *t* ſolus ſit dominus. Illud tamen ſemper conſtitit, etiam futuro ædificio, quod nondum eſt, vel imponi, vel acquiri *u* ſervitutem poſſe. Conſtituendi *x* modus hîc iterū duplex; conſtituuntur enim aut ſupremâ voluntate; aut pactione. Supremâ voluntate ſolâ & citra *y* traditionem ſervitus transfertur. In pactione hæc duo requiruntur; conventio ad transferendum *z* idonea; & traditio, ſeu id, quod traditionis vicem obtinet, uſus acquirentis & domini conſtituentis *a* patientia. Illud diſceptationem habet, an conventioni de ſervitutibus prædiorum dies adjici aut conditio poſſit. Et ſiquidē finiendæ ſervituti adjiciantur, conſtat *b* nihil ita ad tempus conſtitui poſſe, ut ipſo jure tempore finiatur. Sin ſervituti inchoandę: cur non, ut cæteræ obligationes ex die aut ſub conditione rectè & jure contrahuntur, ita ſervitutis quoque conventio diem & conditionem *c* recipiat? At enim ſi non promittatur tantùm, aut in obligationem ſervitus deducatur, ſed conſtituatur penitùs & imponatur, quamvis hac lege, ut ante certam diem eam vindicare non liceat: nihilominùs tamen etiam ante eam diem *d* vindicari ipſo jure po-

q l.2.ff.h.t.l.34. de serv. ru.l. planè diviso regionibus fundo potest quivis suæ parti servitutem imponere.l.6.§.1.com.præd. *r Sic n. fit, ut omnes suæ, non alienæ parti imponant.d.l.6.§.1. quid si non eodē tempore? Vid. l.11. de serv. rust. l. ult.com.præd.* *s Quod benignius est propter conventionem.d.l.11. add. Hot. 7. obs. 1. & 2.* *t d.l.1.l.5.l.6. in fin. l.8. com. præd. l.34. de serv. rust. Atqui sepulchro, rei nullius in bonis, servitus itineris acquiri potest.l.14.§.1.h.t. sed acquiritur, primum loco sepulchro contiguo. quo ad accedendū opus est. in pluribus acquirentibus eadem distinctio, quę in pluribus constituentibus, adhibeatur. d.l.6.§.1.l.ult.com.præd.* *u l.23.§.1.de serv.urb.l.10.de serv.rust. vid. ut vim suam exerceat, cum ædificium esse cœperit, in quo consistat.* *x §.ult.Inst.h.tit.l.5.ff.eod.l.3.pr. de usufr.* *y l.19.§.qu.serv.am. jus commune cum cæteris reb.legatis.l.64.de furt. Huc pertinet tit.de serv.leg.* *z Emptio vid. aut stipulatio, aut similis contractus. l.31. de acq. rer.dom.* *a l.ult.h.t.l.1.in fin.de serv.rust. exemplo rerum corporalium quæ nudis pactis sine traditione non transferuntur.l.20. C.de pact. Olim frequens erat cessio.l.9. h.t.l.11.l.14. de serv.rust.de quo genere alienationis vid. Ulp.tit.19.* *b l.44.§.1.de obl.& act.l.4.h.tit. excepto tamen usufr.l.4.de usufr. vid.c.76.sup.* *c Quemadmodū in stipulationem & obligationem deduci potest.l.58.de V.O.* *d Quia conditionem prędii, cui semel quęsita est, sequitur.l.23.§.2.de serv.rust. vindicatio a. servitutis ejus est, cujus est prędium.l.1.si serv.vind.*

terit. Sed hîc adversus vindicantem contra placita servitutem exceptiones nos pacti aut doli jure prętorio *e* tuebuntur. Modum servituti adjicere nemo prohibetur, veluti ut quis eat pedes, non eques, ut certo genere vehiculi *f* utatur. quò & servitutis per tempora *g* discretio referenda est.

Usu quoque nostro & possessione servitus acquiritur, uno verbo, usucapitur. Habet hic modus tres quæstiones. Prima est, possitne ulla servitus simpliciter usucapi; altera, si possit, an omnis; tertia, si omnes possint, quomodo. Principiò constat servitutes, ut pote res incorporales, in quas non cadit possessio, naturâ suâ usucapi non *h* posse: at possunt longo usu, qui pro possessione sit, ita acquiri, ut velut jure impositæ *i* utilibus actionibus vindicentur. Hoc posito, jam secundo loco certò statuemus, omnes *k* omninò servitutes hoc pacto usu acquiri posse, erroneâ illâ interpretum distinctione de continuis & discontinuis *l* explosâ. Postremò non uno modo servitutem usucapimus, sed alias per se & principaliter, alias per consequentiam. Per se & principaliter tribus modis. Primus modus est, si eam justo titulo à non domino prædii, quem tamen dominum esse existimabamus, acceptam per tempus constitutum continentur possederimus. qui modus cum rerum corporalium usucapione *m* communis est. Secundus servitutum est pro-

e Atq; hanc esse sententiã Pap. satis apertè liquet ex verbo vindicari, quo in d.l.4. utitur. quod & Ioan. apud Accurs. vidit.

f Nec ultra eũ modum constituta intelligitur. d.l.4. §. 1. & consequenter alio modo utendo amittitur. l. 10. §.1. & l. seq. qu. serv. am.

g d.l.4.§.ult. veluti ut certis horis diei, interdiu non noctu, alternis diebus servitute utamur. l.5.§.1.h.tit. l. 7. qu. serv. am. l.2. de aq. cott. neque n. his adjectionibus constituitur servitus ad tẽpus. sed cum perpetua sit, modo utendi temperatur.

h l.43. §.1. de acq.rer.dom. l.14.h.tit. l.10.§.1. de usuc. cum q; olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset, eam sustulit l. Scribonia tam in rusticis quam in urbanis servitutibus. l.4.§.ult. de usuc. junct. d.l.14. vid. Rav. ad l. Scribon. n. 3. & 6. *i l.10. si serv. vind. l.1. in fin. de aq.pl.arc. l.1. & 2. C.h.tit. l.ult in fin. de aq. pl. arc. l.1. & 2. C.h.tit. l.ult. in fin. C. de præs.long.temp. proinde quod Ulp. ait in d.l.10.§.1. de usuc. servitutes per se longo tempore capi non posse, de civili usucapione accipiendum est, quæ biennio terminabatur, & quam solam lex Scribonia sustulerat. argumento est, quod sequitur, cum ædificiis longo tempore capi posse. quod omnino de usucapione biennii, quæ tum frequentabatur, accipiendum est. accedit & arg. tituli.* *k Generalis n. definitio est. d. l.ult. §. ult. C. de præs.long.temp. d.l.1. in fin. de aq.pl.arc.* *l Quamvis n. usus corporalis in quibusdam, puta actus eundi agendi continuari nequit. l.14.h.tit. possessio tamen non amittitur, quamdiu ea animo retinetur. §.5. Inst. de interd. l.3.§.7. de acq.poss. quod vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet & argumentum est in l.1.§.1. & 2. de it.act.priv.* *m De quo accipienda est l.ult. in fin. C. de præs.long.tem.*

prius, si nullo quidem *n* titulo præcedente, cæterùm nec vi, nec clam, nec precariò, id est, domino prædii servientis *o* sciente & patiente per continuum legitimi temporis spatium usi servitute fuerimus. Tertius est, si usus servitutis hominis memoriam excedit, in quo nulla alia *p* conditio desideratur. Per consequentiam acquirimus servitutem uno modo, cum id prædium usucepimus, cui servitus debetur *q*.

n Nam titulus ibi demũ necessarius, ubi initium possessionis est à non domino. Inst. de usuc. in pr. sed tunc nihil juvat dominũ ignorantia. d. l. ult. at in hac specie scientiam exigimus, titulum non item: alioqui statim sine usucapione res à domino tradita transferretur. l. 31. de acq. rer. dom. *o d. l. 10. si serv. vind. l. 1. in fin. de aq. pluv. arc. l. 2. C. h. tit. ut scientia & patientia domini vice tituli aut boni initii sint possidẽti. sententia comm. à qua tamen Duar. & Rav. secutus recedit Treutl. vol. 1. disp. 17. th. 9.* *p Quæ alias requiritur ad servitutes tempore acquirendas. l. 3. §. 4. de aq. cott. Ant. fab. 19. conj. 11.* *q l. 10. §. 1. de usuc. re vera a. nihil hic usucapitur, sed prædium sua conditione sequuntur. l. 23. §. 2. de serv. rust.*

CAP. LXXXI.

De jure servitutis quæsitæ; quid contineat, & quomodò conservetur.

SErvitutem constitutam habemus. De jure videamus, quæsità quid nobis tribuat, quid de jure servientis prædii adimat. Spectatur id primùm in prædiis ipsis: inde etiam ad personas dominorum transfertur. De prædio serviente hoc sit constitutum; Quæcunq; servitus prædio imponitur, hæc à prædio, non à personа debetur *r*, prædium inquam, non persona servit: ideoque translato ad alium prædio, servitus *s* prædium sequitur, non apud veterem dominum manet. Illud non usquequaque expeditum est, totusne fundus, cui servitus imposita est, serviat, an una aliqua pars tantùm. Et si ut totus serviret, nominatim convenerit, dubium non est, quin ex conventione ita diffundatur servitus, ut omnes glebæ *t* serviant. Sin autem certus locus exercendæ servituti designatus est, procul dubio hic *u* solus serviet, cæteræ partes non item. Quod si simpliciter via puta, aut iter cedatur, in infini-

r l. 12. com. præd. l. 13. §. 1. l. 23. §. 2. de serv. rust. & passim. *s Etiamsi invito domino. d. l. 23. §. 2. l. 36. de serv. rust. l. 10. §. 1. de usuc. multoque magis transsibit ad heredes. l. 8. §. 3. de lib. leg.* *t Nec quidquam in eo agro dominus facere possit, quo servitus impediatur. l. 13. §. 1. de serv. rust.* *u Ut fieret, si in libera loci electione ab acquirente postea determinatus esset. d. l. 13. §. 1.*

to qui-

to quidem ab initio ire agere, modò civiliter x, licebit: verùm quà primùm iter directum est, câ demum servitus y constitit: cæteræ partes fundi liberæ erunt. In dominanti prædio eadem conditio servitutis: prædii enim servitus est z, prædio, non personæ acquiritur. Proinde & hîc, si alienatum sit prædium, cum sua a conditione transibit. Cæterùm in eo dissimilis est conditio prædii dominantis, quod quæcunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debeatur: & ideò, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus b sequitur. Jus prædiis impositum & quæsitum primò, deinde, ut diximus, transfertur ad personas dominorum, ut & ipsi eandem servitutem debeant, eâdem uti possint. Et his igitur servitus quid tribuat, quidve adimat, videamus. De domino prædii dominantis hoc primùm habendum, proprietatem loci servientis ad eum non c pertinere. Jura, quæ ei tribuuntur, partim in usu sunt servitutis: partim in rebus extra servitutem quidem positis, ad usum tamen servitutis necessariis. In jure servitutis tantum habebit, quantum servitutis constitutio d concedit: quod ex unaquaque specie dijudicator. Extra servitutem tria accedunt, nova servitus, sine qua constituta rectè uti non e possumus: refectio f loci, per quem servitus constituta est; accessio & rerum ad refectionem necessariarum in vicina loca g importatio.

x Non per villam aut medias vineas. l. 9. de servit.
y d. l. 9. d. l. 13. §. 1. At enim hîc damus electionem, si testator nihil dixerit? Pacè tribuit heredi, sine captione tamen legatarii: arg. l. 26. de serv. rust. 3. quæst. 52. Capolla contra legatoria c. 23. de serv. urb. idque ex communi doctrina. arg. d. l. 9. & l. 21. de serv. rust. quæ sententia cũ pleniùs interpretetur volũtatem defuncti juxta l. 12. de reg. jur. omninò probanda est: nisi ex verbis appareat aliud sensisse testatorem. *arg. §. 22. de legat.*

z d. l. 13. pr. l. 23. §. 2. de serv. rust. l. 12. com. præd.
a l. 20 §. 1. de acq. rer. dom. l. 8. §. 3. de lib. leg. d. l. 23. §. 2.
b Nempe quia in constituenda servitute hoc apertè actum est. d l. 23. §. ult. l. 25. de serv. rust.
c Quippe jus omne servitutis in solo ejus usu positum. l. 4. pr. si serv. vind.
d Sin ambigua aut obscura oratio est, verba contra eum interpretamur, qui potuit legem apertius dicere. l. 17. §. 1. de serv. urb. l. 39. de pact.
e Sic ex. gr. haustu aquæ concesso, iter quoque ad hauriendum concessum intelligitur. l. 3. §. ult. de serv. rust. add. Cuiac 9. ad Afric. in l. 33. §. 1. d. tit.
f Verbis n. si iter legatum sit, quà nisi opere facto, iri non possit, ut liceat fodiendo, substruendo iter facere, id est, complanare & sternere, l. 10 de serv. clivos quoque & gradus facere. ut in specie l. 20. §. 1. de serv. urb.
g Ultra a. quam ad servitutis usum necesse est, nihil facere licet, nisi quid fiat commodioris usus gratiâ sine incommodo prædii servientis. l. 11. com. præd. l. 15. de serv. rust.

Hinc non difficile est colligere, quantum servientis prædii domino adimatur *h*.

Proditæ sunt ad hæc jura tuenda duæ actiones, confessoria, & negatoria, similiter ut in usufructu. Confessoria datur ei, qui servitutem sibi competere confitetur, id est, contendit, asserit.

Negatoria domino, qui *i* servitutem se debere negat. Ambæ in rem: ut pote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicandò, aut rei nostræ persequendo libertatem. Utriusque autem intentio non tam ex verbis, quam ex *k* re æstimanda est. Genere actionum cognito, hîc jam sua sponte pæne intelligitur, quibus adversus quos dentur, quid contineant, quemque eventum habeant. Primò confessoriâ agere, id est, servitutem vindicare nemo potest, nisi qui prædii *m* dominus est: possideat, nec ne, parùm *n* interest: quamvis rerum corporalium vindicatio possessori denegetur. Datur adversus eos omnes, qui servitutem tenent, possident, quoquo modo *o* impediunt. Quid contineat, quemque exitum habeat, tum ex intentione, tum ex officio judicis cognoscitur. Intentio partim de servitute est; partim de servitutis fructibus. Primum habet duas clausulas, declarationem servitutis *p* constitutæ, & restitutionem cum *q* cautione nihil in posterum factum iri, quo usus servitutis impediatur. Fructus *r* servitutis, est id, quod agentis *s* interest, servitute prohibitum non fuisse. Quæ in intentione, omnia item sunt in officio *t* judicis. quippe quæ duo sese mutuò arguunt.

Negatoria quoque in *u* rem est, ideoque & ipsa soli domi-

h *Idque ex unaquaque specie intelligi potest: vetatur. n. quid facere contra impositam servitutem l. 15. & l. 17. de serv. urb. l. 13. §. 1. de serv. rust.*

i *l. 2. pr. si serv. vind. §. 2. Inst. de act.*

k *l. 4. §. pen. d. tit. Don. ad d. §. 2.*

m *l. 1. & d. l. 2. §. 1. si ser. vind. fructuarius servitutem non vindicat, sed usumfr. l. 1. si us. pet. planè emphyteuta & superficiario utilis confessoria dabitur, quia pro dominis habentur. l. 1. in fin. de superf.*

n *l. 6. § 1. l. 8. §. 1. si serv. vind rationem reddidi sup. c. 74.*

o *d. l. 6 §. 3. l. 4. §. 5. l. 9. l. 10. §. ult. eod.*

p *Nam per sententiam servitus non constituitur, sed declaratur. d. l. 8. §. 4. l. 35. §. 1. de rei vind.* *q* *l. 7. si serv. vind. quo loco disjuncta pro conjunctis posita esse ex fine ejusdem l. apparet. in servitute oneris ferendi amplius de refectione parietis cavendum. d. l.* *r* *Fructus in confessoriam venire certum est d. l. 4. §. 2. & 3. d. l. 6. §. pen. eod.* *s* *Ut si quis ex ea. aquam ducere prohibitus siccitatibus aliquid detrimenti ceperit. l. 18. eod.* *t* *Cujus arbitrio si reus non paret, damnatur quanti actor in litem juraverit. d. l 7. l. 68. de rei vind.* *u* *Ut pote quâ vi ipsâ rem nostram, id est rei nostræ libertatem vindicamus. l. 2. pr. d. l. 4. §. pen. si serv. vind. quæ proximè sequuntur, sunt in l. 1. & d. l. 2. §. 1. l. 4. §. pen. eod. l. pen. §. ult. si us. pet.*

domino competit (quamvis etiam possessori libertatis) adversus eos, qui libertatem rei nostræ servitutem usurpando aut intendendo *x* impediunt vel imminuunt. Petitio hîc eadem, idemque officium judicis, quod de servitute, ut res *y* libera declaretur, libertas restituatur, quod positum immissumvè est, tollatur, cautio in futurum interponatur, fructus denique in petitionem & condemnationem veniant, id est, quod actoris interest adversarium non fuisse, usum *z* servitute. Atquæ hæ quidem sunt actiones propriæ servitutum; cæterùm sunt & communia quædam remedia, quibus etiam in servitutibus uti licet, de quibus disputamus in volumine sequenti.

x Quod multis exemplis declaratur in l. 8. §. 5. & 4. ll. seqq. eod.

y Sicuti in confessoria declaratur in. d. l. 8. §. 4.

z Quæ omnia cognoscere licet ex his locis. l. 4. §. 2. l. 7. l. 11. & seq. l. 14. si serv. vid.

CAP. LXXXII.

Servitutes quemadmodum amittantur.

POstremò & de amissione servitutū agamus. Amittitur servitus aut ex causa antecedente constitutionem; aut ex sequente. Ex causa antecedente dupliciter; aut jure auctoris *a* soluto, similiter ut usufructus; aut lege constitutionis tuitione prætoriâ, si sub conditione vel in diem *b* constituta sit. Ex causa consequente trifariam; confusione; remissione; non utendo. Confusione amittitur, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse *c* cœpit. Remissione, si domino servientis prædii ab eo, cui debetur *d*, remittatur. Non utendo servitutes rusticæ, si unum exceperis iter ad *e* sepulchrum, duabus his con-

a V. C. si rei sub conditione legata imposita sit & conditio extiterit. l. 11. §. ult. h. tit. l. 105. de cond. & dem.

b l. 4. de serv. vid. sup. c. 71.

c l. 1. h. tit. l. 30. de serv. urb. quod si partem tantum prædii nactus sum, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet. quia per partes servitus retinetur, id est, in parte fundi tota servitus. l. 18. & l. 23. §. 3. de serv. rust. VVes. par. de serv. n. 9. excipe speciem l. 27. eod. Sed & si cum per plurium prædia servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnia acquisiere, servitus per omnia prædia retinetur. l. 15. h. tit.

d Aut apertè l. 14. §. 1. de serv. aut tacitè concedendo in loco serviente id facere, quo servitus impediatur. exemp. in l. 8. h. tit.

e l. 4. h. t. non est in causa religio, ut putat Duar. alioqui nec remitti posset, quod secus est. l. 14. §. 1. de serv. sed quia hoc itinere uti non licet, nisi sepulturæ causâ, cui rei certum tempus præscribi non potest.

ditioni-

ditionibus amittuntur; una, si *f* nemo servitute sit usus; alterâ, si nemo eâ sit usus per *g* constitutum continuum tempus. Quod si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, fortè quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato *h* constituto tempore amittitur. Quicunque autem aut nostro aut prædii *i* nomine servitute fuerit usus, retinebimus servitutem. Ad urbanarum servitutum amissionem præter superiora illa duo accedit & tertium, ut non aliter pereant non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit: veluti in servitute ne luminibus officiatur, si per statutum tempus fenestras suas præfixas habuerit aut obstruxerit, ædes insuper ipse per idem tempus possederit *k*.

f Neque is, cui debetur, neque possessor prædii dominantis. l. 20. h. t. aut si loco quidem usi sunt, sed non jure servitutis: aut jure quidem servitutis, sed non servitute constitutâ. exemp. in l. 10. §. 1. & l. seq. l. 18. & l. ult. eod.

g l. 6. de serv. urb. l. 7. h. tit. quod tempus est 10. aut 20. annor. l. 13. C. de serv.

h d. l. 7. id est, adversus præsentes 20. adversus absentes 40. annis. idemque & in longioribus intervallis temporum proportione & facultate utendi statuendum est. vid. Conan. 4. com. 12.

i Mercenarius, amicus, hospes, fructuarius, possessor &c. l. 20. & 4. seqq. h. tit.

k l. 6. de serv. urb. Hoc ita tam variè: quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facto ejus, cui debentur, solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contrà urbanæ, quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt: ideoque non sufficit sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causâ habebatur, nisi simul is, qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem moliatur in suo eleganter Conan. d. loc.

ARNOLDI VINNI JC. JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ

sive

PARTITIONUM JURIS CIVILIS Liber Secundus.

CAP. I.

De eo, quod cuique debetur, sive de Obligationibus.

EX duabus partibus ejus, quod suum cujusque est, in quas juris nostri cognitionem initiò partiti sumus, explanata est superiori libro satis, ut arbitror, diligenter pars illa, quæ vertitur in eo, quod proprium est cujusque, positum tum in persona, tum in rebus extra personam, quas quisque vel jure gentium vel civili jam acquisivit. Accedamus nunc ad alteram ejusdem divisionis partem, quæ est in eo, quod cuique debetur; eamque, quoniam superioris voluminis magnitudo satis crevit, huic secundo libro mandemus.

Principiò sciendum est etiam id, quod cuique debetur, summo illo *a* præcepto juris contineri. Tametsi enim meum, tuum, suum dominium propriè significant, & ea tantùm, quæ vindicari possunt: tamen effectu juris inspecto etiam id nostrum rectè dixerimus, ad quod consequendum actionem jure constitutam *b* habemus. Hinc illa suum persequi, ad suum pervenire, suum *c* recipere, pro eo, quod debetur, quod jure præstari oportet. Et in hac igitur parte quæramus, quid sit suum cujusque, id est, quid cuique debeatur: deinde & remedia, quibus id obtineatur, adjungamus. Id verò in obligationum jure & cognitione

a Nempe Suum cuique tribuere. vid. c. 2. lib. superioris.

b Si quidem qui actionem habet ad rem consequendam, ipsam rem habere videtur, ut est in l. 15. de R. I.

c Quæ locutiones tum nostris, tum aliis probatis auctoribus usitatissimæ: ut ostendimus d. c. 2.

nitione totum cōſiſtit. Obligatio *d* eſt juris vinculum, quo *e* neceſſitate adſtringimur alicujus *f* rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis *g* jura. Sed non omnis, qui nobis obligatus eſt, pari neceſſitate ſolvendi adſtringitur. Quamobrem, ut apertiùs intelligatur, & quid nobis ex unaquaque obligatione debeatur, & quâ viâ id conſequi poſſimus, etiam hîc tria illa, quæ in omni parte juris occurrunt, nobis erunt enodanda: primùm, quibus ex cauſis obligatio naſcatur: inde, quid contineat, quemque effectum habeat: noviſſimè, quibus modis finiatur. De his igitur, quandoquidem pro conditione obligationis & ipſa variant, in unaquaque obligationis ſpecie dicemus ſeparatim.

d Sic definitur Inſt. de oblig. in pr. genus eſt metaphoricum: forma ſubjectis, effectu & cauſa efficiente remotâ adumbratur.

e Effectus indicatur. neceſſitas a. iita ſolvendi non eſt æquè plena in omni obligatione, ut inferius apparebit.

f Materia obligationis verbo generali indicata, quo & facta continentur. l. 1. de reb. cred. nam ſubſtantia obligationis non in dando ſolùm, ſed etiam in faciendo conſiſtit. l. 3. ff. h. tit. de obl. & act. l. 2. pr. de V. O. *g Cauſa efficiens remota. propinqua enim eſt factum aliquod obligati præcedens. §. 2. Inſt. h. tit. Hac a. adjectione ſimul temperatur, non ut malè Theoph. poteſtas ſolvendi, ſed neceſſitas.*

CAP. II.

De obligatione naturali.

Obligationis ſpecies duæ ſunt; naturalis, & civilis. Naturalis obligatio eſt naturæ vinculum & *h* æquitatis, quo jure gentium *i* adſtringimur neceſſitate alicujus rei ſolvendæ, ita tamē, ut nulla eo nomine ſit *k* actio jure civili. Naſcitur hæc *l* obligatio aut ex conventione, aut citra conventionem. Ex cōventione dupliciter; vel quia nulla ſubeſt cauſa præter nudam cōventionem; vel quia is, qui contraxit, civiliter ſe ex cōventione obligare non potuit. Principiò ubi nulla ſub eſt cauſa, niſi lex conventionem confirmet, non poteſt obligatio civilis cōſtitui, ne ex nudo pacto naſcatur *m*

h l. 95. §. 4. de ſolut. l. 11. §. 2. de pecul. Duar. c. 2. h. tit. Cum a. æquitas iſta una ſit & ſimplex, obligatio quoque naturalis ſimplex & unius generis erit, eadem nempe, quæ & jure gentium, ut rectè P. Fab. ad. l. 84. de R. I. *i Is n. naturâ debere dicitur, quem jure gentium dare oportet. d. l. 84. in fin.* *k l. 10. h. tit. de ob. & act. l. 16. §. 4. de fidejuſſ. eorumque locorum hunc eſſe ſenſum apertiſſimè liquet ex d. §. 4. niſi quis malit cum Gotofr. ad d. l. 10. vocē ſolo tranſponere.* *l Ita hanc obligationem ex cauſis commodè diſtingui poſſe. putamus, paulò aliter, quam Don. enucl. ſed explicatius.* *m l. 7. §. 4. de pact. ubi quod dicitur, nudam pactionem non parere obligationem, de civili & efficaci illa, quæ propriè & abſolutè obligatio dicitur, accipiendum eſſe apparet ex eo, quod additur, ſed parit exceptionem. Cæterùm conſtat jam ubique ferè invaluiſſe, ut non minus pacta nuda, quam ſtipulationes obligationem & actionem pariant.*

actio. Eorum, qui civiliter obligari ex conventione *n* non possunt, duo sunt genera. In priore est pupillus iique omnes, quibus bonorum administratio adempta est. Pupillū jure civili sine tutoris auctoritate obligari non posse cōstat *n*: obligabitur tamen jure naturali, si *o* intelligens quod agitur, contraxerit. De cæteris dabitur alibi dicendi locus. In posteriore genere sunt servus & filiusfa. Servi, quamvis jure civili pro nullis *p* habentur, naturaliter tamen & obligātur & obligant. Inter patrem & filium, qui in ejus potestate est, itemque inter duos fratres, qui sunt in ejusdem patris potestate, nulla jure civili nascitur actio, in iis bonis, quæ patri acquiruntur: nihilominùs tamen *q* naturalis obligatio inter eos contrahitur. Extra parentem autem si quid filius gesserit, contraxerit, ex omnibus causis efficaciter *r* obligatur, præterquam si mutuam pecuniam acceperit, quo casu manente naturali obligatione, exceptione senatusconsulti *s* defenditur. Citra conventionem oritur naturalis obligatio aut ex facto aliquo præcedente, quo tamen non id agitur, ut vicissim quid certi præstetur, cujusmodi est beneficii accepti causa, cujus species quædam est manumissio; hinc *t* obligatio ad ἀντίδωρα, & operarum officialium debitio naturalis: aut nullo facto præcedente ex sola causa pietatis, ut obligatio ad alimenta & dotem *u*.

Effectus harum obligationum naturalis unus est omnium communis, necessitas solvendi non legis aut judicis imperio, sed naturæ *x* jussu imposita: civilis varii ac dispares, prout postulare civium utilitas visa est legislatori. Nam quæ hujus generis sunt obligationes, earum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur; quædam non omninò hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas, præter illud æquitatis &

n l.127. de V.O. l.1. in fin. de novat. l.25. §.1. quand. di. leg. quo effectu. mox indicabitur.

o Id est, si pubertati sit proximus. arg. §. pupillus. 9. Inst. de inut. stip. §. pen. Inst. de ob. quæ ex del.

p §.12. Inst. d. tit. junct. l.64. de cond. ind. & l.32. de R. I.

q l.38. de cond. ind. præcedentia sunt in d. §. 12. & in l.4. ff. de judic. d. l.38. pr. nostris moribus hæ personæ efficaciter invicem obligantur.

r l.39. h. tit modò pubes sit.

s l.1. l.9. §. ult. de sen. Mac. vid. c. 11. & 12. Inf.

t l.25. §. consuluit. 11. de her. pet. l.54. de furt. l.26. §. libertus. 12. de cond. ind.

u l.19. de ritu nupt. l.32. §.2 de cond. ind ex sola æquitate & caritate sanguinis. l.5. §.2. de agn. & al. lib.

x Cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac naturam hominis aspernabitur, atque hoc ipso luet maximas pœnas &c. Cic. 3. de rep. ut refert Lactant. lib. 6. c 8.

hone-

honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem *y* obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi volet: ad exigendum aut retinendum *z* obligatio nulla. Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc effectum jure civili habet, ut solutæ per errorem repeti non *a* possint. Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeò non tenet obligatio, ut ne *b* fidejussores quidem pro eo intervenire possint. Tantundem dici poterit de transactione *c* alimentorum SC. prohibita: item de intercessione mulierũ, nisi quod obligatio hinc nata actionem pariat, sed quam inefficacem reddit perpetua SC. *d* exceptio. Cæteræ obligationes naturales, si unam demseris actionem, eosdem pænè effectus jure civili habent, quos vera & efficax obligatio: ac de hujusmodi obligationibus potissimùm agunt jurisc̃osulti, cum *e* ajunt naturaliter quem obligari. Effecta hæc aut principalia, aut accessoria. Principalia *f* duo; soluti retentio, & compensatio. Accessiones *g* quatuor, quas easdem recipit & obligatio civilis, constitutum, pignus, fidejussio, novatio. Minus tamen efficacitatis habet obligatio pupilli sine tutoris auctoritate contracta: Hæc enim solas admittit *h* accessiones, cætera, quæ pupillo noceant, respuit: & idcirco quod pupillus ita promisit, ne naturâ quidem deberi *i* dicitur. Contrà dotis & alimentorum obligatio cæteris est efficacior; quippe quæ etiam præstandi necessitatem adjunctam habet, ut hac parte videatur spectare ad obligationes civiles, licet ex sola æquitate & charitate sanguinis *k* nascatur. Utut sit, parentes liberis

y d. l. 23. §. 11. de her. pet. d. l. 54. de furt, & si contemplatione istius vinculi quid præstiterit, cessabit repetitio. l. pen. §. 1. de don. l. 6 mãd.
z Neque enim beneficia fæneramur aut in calendario scribimus. testib. Cic. & Senec.
a d. l. 26. §. 12. de cond ind. propter inæstimabile beneficium, quod libertus accepit.
b l. 6. de V. O. quasi negotium nullũ gestum esset. l. 70. §. pen. de fidejuss.
c Testamento vel codicillis relictorum, l. 8. §. 2. de transact. l. 23. §. 2. de cond. ind.
d de qua inf. c. 13. At efficere senatus non potuit, quominus naturaliter obligentur. l. 3. §. 1. de usf. ear. rer. Cic. d. loc.

e Aut negant. l. 38. l. 41. l. 64. de cond. ind. 16. §. 4. de fid. l. 1. in fin. de nov. ut rectè monet VVesemb. in par. h. t. n. 5. *f De quibus est in l. 19. pr. de cond. ind. l. 6. de comp.* *g Quas ordine reperire est in his locis. l. 1. §. pen. de pec. const. §. 1. Inst. de fidei. l. 5. de pign. l. 1. in fin. de nov.* *h De fidejussore hoc disertè scriptum est in d. l. 1. in fin. de nov.* *i l. 41. de cond. ind. l. 59. h. tit. atque hæc nostra de origine & effectis naturalis obligationis conjectura ut simplicissima est, ita proximè abesse nobis videtur à theorica veritate.* *k l. 5. §. 2. de agn. & al. lib. l. 32. §. 2. de cond. ind.*

duo

duo debent, dotem & *l* alimenta: ac utrumque, ut pro modo facultatum præstent, auctoritate magistratus *m* compelli possunt. Alimentorum verbo continentur omnia, quæ ad exhibendos, id est, alendos & educandos liberos *n* pertinent. Idem officium vice mutuâ pietas & commiseratio liberis injungit, ut & ipsi *o* parentibus eadem alimenta præstent. Sed ut parens hac conditione liberis alimenta debet, si *p* egeant, ita vicissim liberi egentibus parentibus tantùm. Cæterùm liberi præter alimenta etiam *q* reverentiam & honorem parentibus naturâ debent. Quæ obligatio quadruplicem *r* potissimùm vim habet: ut ne parentes in jus vocare sine permissu prætoris liceat: 2. ne actio ulla famosa, aut quæ fraudis dolivè mentionem habeat adversus eos intentetur 3. ne ultra quam facere possint, conveniantur: postremò, si quà contumeliâ aut injuriâ afficiantur, crescat propter personam parentis injuriæ crimen. Liberti erga patronum eadem propè obligatio: nam & alimenta patrono egenti debet, nec patrono tantùm, sed etiam liberis patroni & *s* parentibus, & hoc amplius obsequium, operas *t*, successionem. Sed fortasse non omnia hæc sunt hujus loci.

Finitur naturalis obligatio partim communibus modis, partim propriis. Communes sunt, quibus

l l. 19. de rit. nupt. l. 6. de collat. l. 5. de agnosc. lib. filio quoque donationem propter nuptias. l. ult. C. de dot. prom. m d. l. 19. d. l. 5. in pr. quod in alimentis à judice æstimatur d. l. 5. §. 7. & 12. si non præstentur, pignoribus captis & distractis coërcentur. d. l. 5. §. 11. de dote pro modo facultatum constituenda videri potest Menoch. arbit. c. 149. n d l. 5. §. 12. l. ult. §. 5. C. de bon. quæ lib. non tantùm cibaria, sed etiam vestitum, habitatio, cura ægroti. l. 43. ubi Gœd. & seq. de V. S. o *d. l. 5. pr. & §. 16. d. l. ult. §. 5. & quemadmodum liberi cujusvis sexus aut gradus, etiam emancipati à parentibus alendi, ita & vice mutuâ hi ab illis. d. l. 5. §. 1. & seqq. mater quoque à liberis vulgò quæsitis, ut hi ab illa. d. l. 5. §. 4. Janè æs alienum parentis non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est. d. l. 5. §. 16.* p *Si aut bona ipsi non habent, aut artificium non didicerunt, unde se exhibeant. d. l. ult. §. 5. §. 7. cui consequens est alimenta non deberi filio, qui habet bona adventitia. quid si possint manibus suis victum commodè quærere? & ne hos quidem esse alendos putat Tiraq. nisi nobiles sint, aut ejus conditionis, quos operæ mercenariæ dedeceant. Plura de his, quibus incumbit necessitas alendi vid. apud Coler. lib. 1. passim. & Surd. de alim. tit. 1.* q *l. 1. & tot. tit. ff. de obs. par. pr. l. 4. & seq. C. de pat. pot.* r *Vid. l. 3. & 6. de in jus voc. l. 1. 5. & 2. seqq. de obseq. par. præst. nulla propriè harum rerum obligatio est, ut dotis & alimentorum. sed si contra factum fuerit ut plerumque ex delicto nascitur. d. l. 4. C. de pat. pot. l. pen. de in jus voc.* s *d. l. 5. §. 18. usque ad fin. contra patronus liberto nihil debet: attamen si egenti alimenta denegaverit, amissione libertatis causâ impositorum & hereditatis liberti punitur. l. 6. de agn. lib.* t *Sed neque in his propriè obligatio est. vid. c. 3. lib. 2. in fin.*

obligatio quoq; civilis tollitur, qualis est solutio, confusio. Proprii sunt, quibus in civili obligatione intervenientibus contingit quidem liberatio, sed non ipso jure, verum per exceptionem tantum, ut pactum, jusiurandum: at naturalis obligatio, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur, etiam his modis *u* ipso jure tollitur. Cum autem personæ conditio aut pietas sola obligationi locum facit, sequitur, ut sublatâ personâ & ipsa extinguatur; nec ad heredes *y* transeat.

u l.95.4. de solut. congruit l.35. de reg. jur. civilis a. per exceptionem tantùm. atque ea iterum per replicationem. l.27. §.2. de pact. sed hæ subtilitates ut & complures aliæ hodie non sunt in usu, cum non solum ex jurejurando, sed etiam ex quovis pacto serio inito actio detur, & vicissim tollatur. Plura se quis desideret, adeat VVesemb. in par. de pact.

y Nisi in summa egestate ejus, qui alendus est. d. l.5. §.17. de agn. lib.

CAP. III.

De obligatione civili.

CIvilis obligatio iterum bipartita, nuda civilis, civilis efficax. Nuda *z* est, quæ jure quidem civili actionem parit, sed quæ per exceptionem jure prætorio repellatur. Nascitur hæc actio ex iisdem causis, ex quibus civilis efficax: cui consequens est, ut & eadem, quæ illa, contineat. Tunc autem fit nuda, cùm ea facta interveniunt, ex quibus nascuntur exceptiones peremptoriæ: nec *a* interest tale sit factum, quod obligationem naturalem penitus tollit aut impedit, ut si debitor pactus fuerit, ne à se pecunia peteretur, aut si quis metu coactus, aut dolo inductus quid promiserit; an tale, quod manente etiam vinculo quodam naturali vim obligationis omnem elidat; ut si verus debitor judicio absolutus sit, aut deferente creditore juraverit, se nihil debere. Nam quia *b* nihil interest, utrum quis actionem non habeat, an eam, quæ per exceptionem infirmetur, nudæ istæ obligationes propemodum sine re sunt, nec ullum *c* effectum naturalis aut efficacis obligationis jure civili habent: excepto eo, quod filiusfa. qui exceptione SC. se tueri poterat, solu-

z Quod genus indicatur in l.3.§.1.de condict. pec. & tit. Inst. de excep.

a Uti liquet ex §.1.& 4. seqq. Inst. d. tit.

b Ut est regula juris. l. nihil interest. 112. de R.I.

c Quod significat Ulp. cum ait, pecuniam ex hac obligatione debitam, juribus debitam non esse. d.l.3. §.1.de pec. const.

ſolutum per errorem repetere *d* non poteſt. Sed hæc ita ſe habent, ſi opponatur exceptio. Omiſſam exceptionem hæc ſequitur utilitas, ut in ſtrictis judiciis, nihilominus procedat actio eâque probatâ reus *e* condemnetur: ſed & creditor qui propter prius pactum exceptione removeri poterat, poſteriore pacto conſequi poteſt, ut utiliter *f* petat, quod ſine actione præcedente petere utiliter non potuiſſet.

Obligatio civilis efficax eſt, que jure civili conſtituta actionem efficacem parit, hoc eſt, eam, quæ per exceptionem perpetuam non removetur. Et quia hæc ſola plenam præſtandi neceſſitatem habet, idcircò propriè & abſolutè obligatio in uſu juris vocatur. Obligationis hujus item duæ ſpecies, quarum una eſt ex parte publica, altera tota privata. Ex parte publica eſt, quâ cives reip. aut civitati tenentur tum in patrimonio ad tributa ſolvenda, tum in muneribus obeundis, quoad perſonam. Privata rurſus duplex; aut enim ex perſona obligati naſcitur; aut ex perſona alterius. Quæ obligatio ex perſona obligati jure civili inter privatos naſcitur ea non naſcitur, niſi ex *g* cauſa aliqua & facto obligati præcedente. Factorum & cauſarum variæ figuræ ad *h* bina ſpecierum paria commodioris doctrinæ gratiâ revocatæ ſunt; contractum, quaſi contractum; maleficium, quaſi maleficium. De his igitur obligationibus deinceps dicemus ſervato in ſingulis locorum iſtorum ordine, de ortu, effectu, interitu cujuſque: ita tamen, ut tertium illud in extremum locum rejiciatur, qui eſt de ſolutionibus & liberationibus, omnium obligationum communis.

d Quia vis naturalis obligationis ſenatuſconſulto ſublata non eſt. l. 9. in fin. & l. ſeq. de ſen. Mac. propoſitum n. fuit ſenatui non tam filium liberare, quam punire fœneratorem. l. 1. eod. l. 40. de cond. ind.

e Nam ſi exceptionem ſibi prodeſſe velit, neceſſe eſt eam initio conteſtari. l. 8. & ſeq. C. de exc. l. 9. C. de pr. long. temp. idque omninò conveniẽs eſt rationi judiciorum veterum: ut in parte ſecunda latius demonſtrabitur. quanquam hoc communis abjudicat opinio per l. 2. c. ſent. reſc. in foro obſervatur, ut ſaltem ſub beneficio reſtitutionis adhuc opponi poſſit.

f Exceptionem pacti elidendo replicatione. l. 27. §. 2. de pact.

g Hoc eſt, quod Pap. ait, obligationes, quæ propriis viribus non conſiſtunt, neque officio judicis, neque imperio prætoris, neque lege confirmari. l. 27. ff. h. tit. de obl. & act.

h §. 2. Inſt. h. tit. Gajus l. 1 ff. eod. contractum & maleficium expreſſit, reliqua duo comprehendit ſub variis cauſarum figuris, id eſt, factis, quæ nec in contractum nec in maleficium cadunt, ut exempla ſubjecta in explicatione diviſionis manifeſtè probant. Commodiùs autem Inſt. varias iſtas figuras ſive ſpecies cauſarum, ad duo genera revocavit, quaſi contractum, & quaſi maleficium. Longiùs à lege rectæ diſtributionis recedit diviſio Modeſt. in l. 52. eod.

CAP. IV.

De obligationibus, quæ ex contractu nascuntur.

OBligationis ex contractu unam esse causam apparet, contractum. Contractus *i* est duorum aut plurium consensus in hoc, ut unus alteri quid det, aut faciat, jure ad eam rem & præstationẽ comprobatus. Hæc definitio tria continet, quibus contractus omnis, qualem nunc intelligi volumus, perficitur. Primum est duorum aut plurium consensus, uno verbo *k*, conventio: alterum, ut quid præstetur, detur aut *l* fiat: tertium, ut consensus iste jure ad eam rem *m* comprobetur. In primis hoc tenendum, nullum esse contractum, qui in se non habeat conventionem, sive re fiat, sive verbis: nam & stipulatio, quæ verbis fit, nisi consensum habeat *n*, nulla est. Non esse hunc consensum in eo, quod geritur, bifariam deprehenditur; vel quia unius tantum factum intervenit, quâ notâ à contractu segregantur hæc quinque *o*, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium *p* pollicitatio & supremæ *q* voluntates: vel quia factum quidem utriusque intervenit, sed non consensus. Id arguitur partim rebus externis, partim conceptione ipsa conventionis. Externarum rerum, quæ dissensum arguunt, tria genera; error promittentis aut contrahentis; extorta voluntas; propositum contrahentium institutæ obligationi contrarium. Primùm non consentiunt, qui *r* errant. Quid enim consensui tam contrarium, quam error, qui imperitiam detegit? At verò non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ aut rei, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa, aut denique in causa promittendi.

i De significatione hujus verbi, usque veterum vid. Don. nostrum ad l. 1. si cert. pet.

k l. 7. pr. de pact. conventio idem valet, quod pactio. Pactio a. dicitur duorum aut plurium consensus. l. 1. §. 2. eod. l. 3. de pollic.

l Quo distinguitur à conventione liberatoria. Hoc a. nihil aliud est, quam quod Paul. dicit, ut obligatio constituatur. l. 3. §. 1. h. tit. de obl. cujus substantia in hoc consistit, ut quid detur aut fiat. d. l. 3. pr.

m Quod satis intelligitur ex §. 2. Inst. & l. 27. ff. eod.

n l. 1. §. 3. de pact. ex quo intelligitur, quomodo accipiendum, quod dicitur, quosdam contractus consensu perfici. §. ult. Inst. l. 1. §. 1. ff. h. t. nimirum solo. *o Sciendum tamen hunc esse usum auctorum juris in q. contractu, ut interdum absolutè contractus vocetur. l. 49. eod. l. 16. de neg. abusivè nimirum propter unius cum altero similitudinem.* *p Quæ est unius tantùm offerentis promissum. l. 3. de poll.* *q Hoc est, quod Ulp. ait. verba, contraxerunt gesserunt, non pertinere ad testandi jus. l. 20. de V. S.* *r l. 2. de judic. l. 15. de jurisd.*

Primi generis error, dum de persona & re ipsa constet, de consensu *s* nihil mutat. In persona autem qui *t* errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omninò non obligabitur. Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor *u* sensisset. Quid tamen, si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei aut materia, ut puta si, quod vinum credebatur, acetum ab initio fuerit. Et utique, quia in corpore consensum est, valebit stipulatio: emptio autem, quia in materia erratum, non *x* valebit. Si in causa dandi quis erraverit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli se defendere *y* potest.

Extorquetur voluntas aut dolo, aut vi & metu. Qui dolo adversarii deceptus quid promisit aut contraxit, placet eum non teneri, quia consentire non *z* intelligitur. & siquidem bonæ fidei judicium est, qui ita deceptus contraxit, ipso jure non *a* tenebitur: in contractibus autem stricti juris erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed exceptione *b* doli uti poterit. Tantundem ferè de his, quæ metus causâ gesta sunt, præceptum *c* esto.

s l.32.de V. O. congruit. §.29. inst. de leg. l.4. C. de testam.

t d l. 2. de jud. d. l. 15. de jurisd. & arg. l.9. pr. de her. inst.

u l.83. §.1. l.137. §1. de V. O.

x l. 22. eod. l.9 in fin. de cont. emp. cur tam variè? nimirum, quia emptor non potest videri consensisse in pretio, cum utique acetum longè minoris empturus fuisset. At stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore nihil impedit. planè si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie l.14. d. t.

y l. si quis 36. de V. O. *z Nec enim tam paciscitur, quam decipitur. l.9. §.2. de transf.* *a l.7. pr. de dol. l.3. §. ult. pro soc. & hoc est, quod vulgò DD. ajunt, dolum dantem causam contractui bon. fid. eum reddere ipso jure nullum. Mynf. & Schneid ad §.28. Inst. de act fusè Godd. de cond. stip. c.3. conc.7. n.113. & seqq. secus in dolo incidente, si quis non in hoc decipiatur, ut contrahat, sed cum contracturus esset, circumveniatur in quantitate aut qualitate: quomodo accipiendi sunt loci omnes, qui ab aliis in contrarium citantur.* *b l. pen. C. de inut. stip. d. l 36 de V O. aliter ig. in bon. fid. judiciis dolus purgatur, aliter in strictis. removetur tamen in omnib. quia in omnibus bonam fidem considerari æquum est. l.4 C. h. tit.* *c d. l. pen. & certè consensui nihil tam contrarium quam vis atque metus. l.116. de R. I. addidi tamen ferè, quia an judiciorum ista distinctio in metu perinde ut in dolo locum habeat, ad huc ambigo. potest quidem dici, in metu & dolum esse. l.9. §. antep. qu. met. ca. sed ita, ut in cæteris delictis l.2. §.8. vi bon. rap. l.7. de sic. tanquam proæresis & propositum delinquendi. cæterùm in eo, qui decipitur, nullam esse voluntatem error arguit. l.15. de jurisd. in eo, qui metu cogitur, nulla quidem libera sed est aliqua tamen, licet coacta. l.21. §.5. quod met. ca. quippe quod eligitur, quatenus consideratur, ut depulsio majoris mali, rationem boni habet, & fit objectum voluntatis. Arist. 3. eth. 1. & Rhet. 1.6. Novissimè subtiliter hac de re disputat Bachovius ad Treut. disp. 28. th. si 2. vol. 1.*

Propositum obligationi contrarium satis arguit ea, quæ in speciem geruntur, non eo animo geri, ut constituatur obligatio; ut si quid geratur donandi, jocandi, docendi, simulandi causâ. Exemplo erimus contêti uno. Propone pecuniam alicui donandi causâ numeratam esse, etiamsi externâ specie mutuum aut quis alius contractus simuletur, placet tamen ex imaginario ejusmodi contractu nullam nasci *d* obligationem. Et generaliter probandum est, in omni re plus valere quod agitur, quam quod simulate *e* concipitur.

Ipsa conceptio conventionis dissensum arguit cum in omni conditione adjecta, cujus vis est, ut nihil debeatur prius, quam conditio *f* extiterit: tum penitus in duabus his conditionibus, impossibili, & in voluntatem promittentis collatâ. Conditione imposibili adjectâ non solùm stipulationes nullius momenti sunt, sed etiam cæteri quoque *g* contractus: quoniam in hujusmodi actu talis procul dubio contrahentium cogitatio est, ut nihil agi existiment, appositâ eâ conditione, quam sciant esse imposibilem. Pari ratione, si conditio conferatur in promissoris voluntatem, dicendum est nullam esse obligationem: quia apertè hoc agitur, ut nihil *h* debeatur. Sed hoc ita, si conditio hæc exprimatur, hoc modo, dabis si volueris: diversum est, si *i* tacitè insit, veluti, si dictum sit, dabis cum volueris: in quo sequimur regulam, expressa nocent, non expressa non *k* nocent.

Secundum, quod ad vim contractus exigimus, est, ut conventio sit in hoc, ut alter alteri quid det aut faciat: ut hac notâ removeatur conventio de non petendo. Sufficit autem *l* unum alteri quid dare aut facere: ut uterque alteri quid præstet ad contractus sub-

d l. 3. §. 1. & 2. l. 54. h. tit. l. 21. C. de transf. l. 6. C. si cert. pet. l. 55. ff. d. cont. empt.

e At enim non totum, quod gestum est, irritum fit, sed quod simulatur. tot. tit. C. plus val. quod ag. qu. qu. sim con.

f §. 4. Inst. de V. O. l. 113. de V. S. l. 8. de per. & com. rei vend.

g l. 31. h. tit. §. 19. Inst. de inut. stip. l. 7. de V. O. Cur aliud observetur in testamentis dictum est obiter. lib. 1. c. 38.

h l. 8. h. tit. ubi eadem redditur hujus juris ratio. l. 46. in fin. de V. O.

i d. l. 46. §. pen. illic exprimitur conditio, hîc tempus. & tamen quod hîc exprimitur illic significatur. & vice versa. l. 22. in fin. pr. qu. di. leg.

k Facta est hujus regulæ mentio etiam in ultimis voluntatib. d. ca. 38. & 54. lib. 1. extat in l. 52. in fin. de cond. & dem.

l Sic in stipulatione unus tantùm obligatur promissor, in mutuo is solùm, qui accepit: utrumque tamen contractus & est & dicitur. l. 31. h. tit. l. 9. §. 4. de reb. cred.

stan-

ſtantiam non deſiderari argumento eſt vetus & recepta contractuum diviſio *m*.

Tertium erat, ut quæcunque conventio eſt aut conſenſus, is jure comprobetur. Id intelligitur ex eo, quod omnes obligationes aut civiles ſunt aut prætoriæ, id eſt, alterutro jure comprobatæ *n*. Comprobari autem intelliguntur, ſi quatuor hæc, jure ad eam rem recepta, concurrant; conventio ipſa per ſe ſeu conſenſus, tanquam cauſa efficiens; finis dandi acquirendique; res ipſa in obligationem deducta, tanquam materia; perſonæ contrahentium partim ut efficientis cauſæ pars, partim ut ſubjectum recipiens obligationem. Neque tamen omnia hæc ad conſtituendam obligationem ſtatim idonea: proinde quid in ſingulis animadvertendum ſit, ordine diſpiciendum eſt.

m *§ ult. Inſt. h. tit. Cur. ig. Labeo in l. 19. de V. S. contractum definit ultro citroque obligationem, id eſt, ut ego interpretor, factum ex quo ultro citroque obligatio naſcitur? nimirum apparet ex exemplis ſubjectis Labeonem non omnem contractum definire voluiſſe, ſed quod propriè ſynallagma dicitur, verbo generali juncto cum aliis finitimæ ſignificationis ad certam ſpeciem traducto, quod tralatitium eſt. §. 5. Inſt. qu. mo. teſt. & ſimilib.*

n *Aut conſtituta. §. 1. Inſt. hoc. tit.*

CAP. V.

De notis & cauſis obligationum ex contractu.

PRimò non ex quavis cõventione naſcitur obligatio. Nam quæ liberationis causâ interponitur, non obligationem parit, ſed tollit, interdum quidem ipſo *o* jure, ſæpius autem per exceptionem, ut pacta ferè omnia, etiam quæ ex *p* intervallo interponuntur. Sed & ſi conventio erit in hoc, ut alter alteri obligetur, ne ſic quidem ſtatim obligationem parit. Multùm enim refert nudane ſit pactio; an non nuda. Si nuda eſt, conſtans eſt veterum definitio, ex nuda pactione obligationem non *q* naſci: niſi facta ſit legitima. Si non eſt nuda, ea demùm uſquequaque obligationem & actionem parit. Quid ſit nudum pactum nullo negotio intelligi-

o *Vt in cauſis, de quibus in l. 17. §. 1. l. 58. de pact.*

p *l. 7. § 4. & leg. l. 13. C. eod.*

q *d. l. 7. §. 4. l. 10. C. eod. Igitur omnis pactio liberationem parit, actionem non omnis rationem affert. A. fab. ad l. 1. de pact. hanc, ne ſi ex quovis nudo pacto actio daretur, litibus omnia repleterentur. & tamen quia hîc æquitas naturalis pugnat cum civili, prætori viſum hoc ita temperare, ut omnia quidẽ pacta ſuo modo ſervaret, ſed non ex omnibus daret actionem. Cæterùm ſup. monuimus uſu jam pridem receptum, ut ex omni pacto, modo ſeriò & deliberatò inito actio detur. add. VVeſ. parat. de pact. n. 9.*

telligetur, si prius constituerimus, quid sit non nudum. Sciendum igitur est privatarum conventionum duas esse r formas, jurisgentium unam, alteram legitimam. Jurisgentium conventio omnis actionem parit, quæ non est nuda. Ea ex duabus s notis cognoscitur. Una est, si in nomine suo non stet, sed transeat in proprium nomen contractus; ut emptio venditio, locatio conductio; mandatum; societas, commodatum, depositum. Altera nota est, si præter conventionem subsit causa, puta si quid tibi dedi aut feci eâ lege, ut vicissim mihi quid dares aut faceres. Si neutrum horum erit, id est, si pactio neque proprio & ab aliis distincto † nomine appelletur, neque causam ullam habeat, præter solam conventionem, ea verò est, quæ nuda dicitur, & ad quam regula paulò ante tradita pertinet. Enimverò pacta, quæ bonæ fidei t judiciis in continenti adjiciuntur, verius est, nuda non esse, sed transire in eos u contractus, quibus adhibentur. Legitima conventio est, quæ lege aliquâ confirmatur. Et ideò interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quoties x lege vel Senatusconsulto, aut à prætore adjuvatur. Lege confirmari conventio dicitur y bifariam; vel quia lex certam ei formam dat, cujusmodi est stipulatio & contractus emphyteuticus: vel quia, manente interim nudâ & simplici formâ conventionis, efficacem eam esse vult aut ad obligandum & agendum, quale est pactum donationis, convẽtio de pignore, constitutum, aut ad obligationem & actionem jure constitutam ipso jure tollendam, ut pactum injuriarũ, furti. Atque hæc quidem pro instituto ex loco pactorum leviter delibata sufficient fortasse ad vim convẽtionum, quã quærimus, intelligendam; universę autem rei explicandæ non sufficiunt. Dimissis igitur notis, ex

r Divisio est Vlp. in l. 5. de pact.
s Quæ ab eod. Vlp. statuuntur in d. l. 7. §. 1. & 2. add. l. 1. §. 2. de rer. perm. Hinc sumta contractuum divisio in nominatos & innominatos.
† Tale nomen non habet permutatio, quæ nihil aliud est, quam contractus dout des. l. 5. §. 1. de præsc. verb. ut rectè Vand. 1. quæst. 25.
t Quid si contractibus stricti juris? & regula quidem in d. l. 7. §. 5. de bon. fid. judiciis concepta est: sed Paul. tamen disertè affirmat, pacta in incontinenti adjecta etiam inesse stipulationi. l. 40. de reb. cred. Vsus hujus quæstionis, alioqui subtilis hodie, quod sciam nullus est.

u Nam & inesse dicuntur his contractibus, d. l. 7. §. 5. & continentri. l. 72. de cont empt. nec propria ex his actio datur, sed ex contractu, cui adjiciuntur. l. 79. de cont. emp. l. 6. §. 1. de act. emp. l. 13. C. de pact. vid. Don. ad l. 13. C. de pac. n. 9. & 11.
x Verba ferè sunt Vlp. in l. 6. ff. de pact.
y confer. §. 3. Inst. de locat. l. 35. C. de donat. l. 17. § 1. l. 27. §. 2. ff. de pact. Duar. ad d. l. 6.

quibus

quibus obligationes deprehenduntur, veras causas investigemus, propter quas quæque conventio obligationē parit: ut his inventis effecta meliùs intelligātur.

Obligationis ex contractu (de ea enim nunc quæritur) quatuor in universum *z* reperiuntur causæ: aut enim re contrahi dicuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. Sed ne curiosis hominibus, quibus religio est, rem in plura, quā duo dividere, de industria frangere rem velle videamur, quæ cōmodè dividi possit: age videamus, quomodo causæ superiores pro oppositu possint δίχα τέμνεσθαι. Id verò non erit difficile, si consideremus non omnes species in divisione proposita exæquari, sed duas tantùm inter se ex adverso opponi, eas, quæ consensu solo contrahuntur, & quæ consensu nō solo, videlicet cum aut res, aut verba, aut literæ ad consensum accesserint. Quoniam igitur prima quæstio est naturâ, an ex consensu solo nascatur obligatio, rectè fecerimus, si naturæ ductum sequentes ab hac obligatione faciamus initium †

z §. ult. Inst. h. tit. de oblig. quæ eadem & Gaji divisio & Vedii fuit: ut cognoscere licet ex l. 1. & 2 ff. eod. l. 1. §. 3. de pact.

† Aliter, atque à Gajo & Justiniano factum est. dd. loc.

CAP. VI.

De obligationibus quæ consensu contrahuntur.

Jure gentium solo consensu obligationem pariunt *a* conventiones quatuor; emptio venditio; locatio conductio; mandatum; societas. Jure civili, contractus *b* emphyteuticus; item pacta *c* legitima, pactum donationis, constitutum sive pecuniæ cōstitutæ conventio: quæ huc omninò pertinent, licet in superioribus verbo contractus, in his pacti aut conventionis utamur. Dicitur autem solo consensu contrahi obligatio, cum ad eam constituendam præter conventionem & voluntatem talem, qualem suprà definivimus, nihil desideratur. Declaratur hæc voluntas aut certis indiciis ad consensum cujusque significandum idoneis; aut ex facto aliquo colligitur. Indicia hæc

a l. 2. ff. de obl. & act. tit. Inst. de obl. ex cons. neque plures in his locis numerantur.

b In quo tamen contractu scriptura ad probationē rei gestæ, tanquam adjunctum necessarium ex constitutione Zenonis desideratur. l. 1. C. de jur. emphy.

c De quibus, vide, quæ tradimus, inf. cap. 22.

ſunt *d* tria, verba, literæ, nutus. Facta *e* intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus præcedens conventio non poteſt videri non placere. Exemplum hoc eſto; vendidit aliquis prædium meum me præſente nec tamen apertè conſentiente, ſi pretium ex ea cauſa accepero, videbor ipſe vendidiſſe. Ideò autem iſtis modis obligatio dicitur conſenſu contrahi: quia neque verbis, neque ſcripturâ; neque præſentiâ omnimodò eſt opus: ac nec dari quidquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio: ſed ſufficit eos, qui negotia gerunt conſentire *f*.

d Convenire poſſe vel verbis vel per epiſtolā apertè ſcriptum eſt in l.2.de pact de nutu nihil expreſſum. ſed tamen nutu etiam contrahi poſſe argumento ſunt fideicommiſſa, quæ, quamvis non niſi voluntate. l. pen.de leg.1.nutu tamen relinqui poſſunt.l.21.de leg.3.
e Re,id eſt,facto aliquo obligationem contrahi poſſe traditur in d.l.2.de pact.l.4.pro ſocio.exemplum,quo hoc illuſtramus,eſt in l.12.de evict.
f d.l.2.ff.de obl.& act.d.tit.Inſt.de obl.ex conſ.his adde l.1.de cont.empt. in fin.l.1.loca.l.1.mand.l.4.pro ſoc.l.14.in fin.de pec.conſt.§.alia inſt.de donat.

CAP. VII.

Quæ res ad conventionem accedentes obligationem pariunt.

QUæ conventio per ſe ſola eſt ad obligandum inutilis, ea aut rei, aut verborum, aut literarum interventu *g* firmatur. Unde quæ obligationes non contrahuntur conſenſu, eæ aut re contrahi dicuntur, aut verbis, aut literis: non quod conſenſus in his non deſideretur, ſed quod præter conſenſum etiam earum *h* rerum acceſſio ad conſtituendam obligationem requiratur. Semper enim *i* illud Pedii manere debet, nullam eſſe ex contractu obligationem ſine conſenſu.

Re contrahitur obligatiò, cum res ad conventionē

g Veteres duo tantum firmamenta conventionū agnoſcunt, rem & verba: quippe nondum ſatis cognitâ literarum obligatione, quæ poſtea certè recepta eſt, & duobus ſuperioribus à Iuſtiniano rectè adjecta. §.ult. Inſt.de oblig. jure ſingulari & quartum addi poterat, jusjurandum à liberto præſtitum de operis, munere, dono patrono præſtandis. l.7. l.37. de op. lib.
h DD. veſtimenta pactorum vocant, ſatis inſulsè, ut oſtendit Coraſ.1.miſc.1. atq; inſuper quatuor alia adjiciunt, conſenſum, cohærentiam contractus, rei interventum, rei promiſſæ inchoationem. At pactum ipſum conſenſus eſt. l.1. §.2. de pact. cohærentia contractus ab ipſo contractu non eſt diſtinguenda. l.7. §.5. eod. rei interventus eſt illud ipſum, quod in diviſione noſtra eſt primum. poſtremum. petitum ex l. 1. §. 2. de poll. ad privatas conventiones non pertinet. l. 28. C. de pact.
i Eſt in d. l. 1. §. 3. de pact. vid.c.4. ſuprà.

accedens initium k obligationi præbet, aut, si mavis explicatiùs; Re contrahitur obligatio, cũ dedi tibi aut feci aliquid voluntate tuâ, eâ conventione interpositâ, ut vicissim mihi quid dares aut faceres, cum non aliter constitueretur obligatio, quam si hoc factũ meum aut traditio intervenisset. Rem enim hîc generaliter accipimus, ut & l facta comprehendantur. Apparet igitur hoc contractus genus duabus partibus constare & perfici, re datâ aut factâ, & conventione.

Conventio hæc alioqui minùs certa & explorata, uti & ipsum factum interdum, ex speciebus simul cum ipso contractu dignoscetur. Sunt igitur horum contractuum duo genera; quorum in uno id agitur, ut pro eo, quod datum est, reddatur idem vel in specie vel in genere; in altero, ut pro eo; quod datum aut factum est, præstetur aliud. In quibus agitur, ut idem reddatur; factum, quod obligationi causam præbet, sive traditio semper aperta est: conventio autem de reddendo aut titulo & nomine contractus est inclusa; aut sententiâ & solâ mente contrahentium citra ullam nominis significationem comprehensa. Nomine contractus inclusa deprehenditur in hisce sex, mutuo, commodato, deposito, pignore, dote, donatione propter nuptias. quippe nomina his contractibus indita satis declarant rem hîc non simpliciter dari tradivè, sed ad certũ modum & m finem, quo cessante redeat ad eum, qui dedit tradiditvè. Sed etsi conventio neque in aliud nomen transeat, neque verbis exprimatur, tamen ex sententia contrahentium aliquando per ratiocinationem colligitur. Id accidit in duobus generibus; unum est datum ob causam, cujus dati nulla causa subest; alterum est precariũ. Quæ omnia, qualia sint, & quam latè pateant, suo ordine explicabitur.

In altero horum contractuũ genere, in quibus id agitur, ut aliud pro alio præstetur, utrumq; ferè manife-

k Hac notâ Paulus permutationem distinxit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur. l. 1. §. 2. de rer. perm. unde liquet etiam contractus innominatos & si qui sunt alii, ex quibus non aliter nascitur obligatio, quã ex dato aut facto praecedente ad hoc genus pertinere: quamvis non ignorem veteres tunc obligationẽ re contrahi propriè & in specie intellexisse, cum res tradita vel in genere vel in specie restituenda est. tot. tit. Inst. quib. mod. re cont. l. 1. § 2. & deinceps. de obl. quo etiam pertinet l. 17. ff. de pact.

l Est n. rei verbum significatione generale. l. 1. in fin. de reb. cred. quamvis ex instituto loquentis plerumq; res à factis distinguantur. ut in. §. ult. Inst. de V.O.

m Vt mutuum fruendi gratiâ, commodatũ utendi, depositũ custodiendi, pignus, ut creditori cautũ sit, dos ad onera matrimonii sustinenda, donatio propter nuptias, ut consistat, quamdiu matrimonium stabit.

stum

ſtum eſt, & factum ſive res quæ traditur, & de re alia præſtanda conventio. Ejus generis quadripartita *n* diſtinctio eſt; do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio; ut facias. Non verebimur autem huic generi ſubjicere quinque haſce *o* ſpecies; promiſſionem dotis; ſalarii pollicitationẽ; judicium; jusjurandum, operam eorum, quibus honoraria extra ordinem propoſita ſunt. Nam cum ex his omnibus obligatio ex conſenſu duorum ita naſcitur, ſi factum unius præceſſerit, non video, quò iſta commodè referri poſſint, niſi hic locum ſibi & ſedem inveniant. Hoc ſolùm in contrahendo intereſt, quod priores duæ ſpecies factum incertum, poſteriores reliquæ conventionẽ obſcuram habeant. Promiſſio dotis etiã nullâ ſtipulatione ſubſecuta *p* obligationem & exactionem dotis parit, verùm non prius, quam factum mariti intervenerit, id eſt, quam matrimonium contraxerit, cujus facti conditio atque conventio verbo *q* dotis ineſt. Ex quo apparet hanc ſpeciem pertinere ad contractum *r* facio, ut des: tametſi fortaſſis ex hac ſpecie non ſit actio *s* præſcriptis verbis, ſed vel actio dotis cautæ, vel condictio ex lege: aut, quod nunc magis probandũ actio ex ſtipulâtu, quam ſublatâ veteri rei uxoriæ actione etiam tunc competere *t* Juſtinianus voluit, cum nulla ſtipulatio interpoſita eſt, ſive uxor dotem datam repetat, ſive maritus ſibi promiſſam petat.

Eadem ratio eſt promiſſi ſalarii. Si dominus procuratori ſuo, qui negotia ejus gratis gerenda ſuſceperat, promittat certum ſalarium, negotio nondum impleto teneri videtur ex nudo pacto & pollicitatione. Sed non eſt dicenda nuda promiſſio, quæ factum procuratoris adjunctum habeat, priuſquam ex ea agi poſſit. Id enim ut fiat, & ſalarii & procuratoris

n l. 5. de præſ. verb. ex eodẽ loco etiã exempla, ut & ex reliquo eo tit. ſumi poſſunt.

o Ex l. 7. ff. mand. l. 6. C. de dot. prom. l. 3. §. idem ſcribit. 11 de pec, l. 5. § 2. eod. l. 1. de extraord.

p Quamvis maximè extraneus dotem promiſerit. d. l. 6. C. de dot. prom.

q Dos enim ſine matrimonio eſſe nõ poteſt. l. 3. de jur. dot. ideoq; etſi ſimpliciter promiſſa ſit, intelligitur tamẽ promitti hâc cõditione, ſi nuptiæ ſequantur. l. 21. eod.

r Nam ſi dos promittitur ob eam cauſam, ſi matrimoniũ ſequatur, licebit utique marito contracto jam matrimonio dicere. feci, ut dares.

s Ideò fortè, quia mariti principalis finis non eſt, ut dotem accipiat, ſed ut conſortem vitæ ſibi habeat: quanquam negari non poteſt, etiam hunc finem marito ſecundariò propoſitum eſſe, ut commodo dotis ad ſuſtinenda onera matrimonii fruatur.

t Extat hæc Juſtin. conſtitutio in l. un. §. 1. C. de rei ux. act.

verbo

verbo *u* continetur. Sed neque ex hac obligatione datur actio præscriptis verbis, sed est extraordinaria de ea re persecutio *x*.

Reliquæ species tres obscuram habent in facto manifesto conventioné. De obligatione judicii certa extat sententia; judicio, id est, judicium accipiendo & litis contestatione *y*, contrahi sicut stipulatione. Factum judicio *z* experientis manifestum. At ubi conventio, ut possit dici obligationem esse ex contractu? Nempe ex circumstantiis & fine litigatoribus proposito non obscurè intelligitur. Nam & actor & reus hoc animo causam cognitioni judicis subjiciunt, ut de ea sententiam ferat, cui se obtemperaturos esse tantùm non disertè promittunt. Hinc reo, si absolvatur, exceptio; si condemnetur, actori actio, nata ex obligatione judicii accepti: quæ & actio judicati dicitur, non quod nascatur ex judicato tanquam causa, sed quia est de eo, quod judicatum est *a*.

Eodem pertinet obligatio jurisjurandi. Nam si actor postulatu adversarii juraverit sibi quid dari aut fieri oportere, justissimè prætor *b* accommodat ei actioné in factum adversus eum, qui jusjurandum detulit. Hæc actio cum sit in personâ, etiam ex *c* obligatione esse nulla dubitatio est. Unde auté obligatio? ex conventione eam proficisci disertè *d* proditum est. Quod si ex conventione, eâque non nudâ, haud dubiè ex contractu. At enim cõventio expressa non est. At sufficit ex eo, quod agitur, intelligi. Quorsum autem jurisjurandi delatio, nisi ut jurijurando stetur, & præstetur id, quod petitur? Quorsum susceptio, nisi ut fiat, quod petitur, si juratum erit? Manifesta satis

u Nam salarium est merces operæ præstitæ: procurator, qui negotia aliena mandatu domini administrat l. 1. de procur.

x l. 1. C. mand. l 7 ff. eod. id eò fit, quia mandatum gratis ab initio suscipitur. l. 1 in fin. ff. eod. per consequentiã autem etiam alter ille finis accedit.

y l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul. Accursius quidem eo loco scribit, obligationem hãc nasci ex quasi contractu: sed hoc repugnat verbis Ulpiani, qui ait judicio contrahi. & disertè addit, sicut stipulatione. Atqui judicium in invitum redditur l. 83. §. 1. de V. O si spectamus initium rei gerendæ, non consentit, qui cogitur. sin id, quod fit, cum judicium accipitur, contrà: tametsi coactus id fecit arg. l. 22 §. pen. quod met. ca.

z Petentis nimirũ sibi quid præstari, ad quod præstandũ reus etiã obligatur, si convictus & condemnatus fuerit. l 9. C. de obl & act.

a l. 6. §. ult. de re jud. similiter ut stipulatio judicatum solvi. Inst. de satisd. in pr.

b §. item si. 11. Inst. de act. l. 3 C. de reb. cred.

c Siquidem ea est natura omnium actionum in personam. §. 1. Inst. de act. l. 25. §. 1. ff. de obl. & act.

d l. 25. & l. seq. in fin. de jure & negotiũ inter litigatores jurejurando transigi, l. 31, eod. trãsactio autẽ omnis ex cõsensu l. 20. C. de transact.

con-

conventio negotii transigendi causâ, quæ ad articulũ facio, ut des; aut ad illum, facio, ut facias, pertineat *e*.

Postremò ad idem genus referenda est petitio honorarii professoribus liberalium artium, medicis, advocatis, obstetricibus & similibus personis, pro opera ab ipsis præstita, extra *f* ordinem tributa. Opera harum personarum manifesta est, conventio minus aperta. Si quis tamen hinc institutum operas illas tractantium, illinc vota utentium consideraverit, facile intelliget subesse mutuam cogitationem de mercede danda & accipienda. nisi quis eam operam gratis dari aut suscipi existimet, quod qui eas artes profitentur honestatis & verecundiæ causâ mercedẽ ab initio nô paciscantur. Quod non indiget *g* refutatione. Quod si quis quærat, cur, cum prædictas obligationum species referamus ad contractum facio, ut des, aut facias, tamen ex nulla earũ detur actio civilis præscriptis verbis? Dici potest id fieri in *h* posterioribus quidem, quia in his nulla est aperta conventio: in *i* prioribus autem duabus, cum quia facta verbis teguntur, tum quia hæc ipsa non principaliter, sed secundariâ quâdam ratione spectantur. Non enim maritus ob dotem principaliter uxorem ducit, sed ut sociam & consortem vitæ sibi adjungat: Nec procurator mandatum principaliter exequitur, ut salarium accipiat, sed ut mandatum, quod ab initio gratis suscepit impleat. quanquam & isti fines per consequentiam accedunt.

Supersunt adhuc causæ duæ, quibus accedentibus obligatio ex conventione oritur, verba & literæ. Verbis obligatio contrahitur, cum ad conventionẽ verba accesserunt. Verba accipimus non quævis, sed *k* concepta, quæ ab animo præmeditato proficiscentia

e Quia verò conventio hic aperta nõ est, nõ potuit dari ex jure jurando actio præscriptis verbis, seu in factum civilis: sed datur in factũ prætoria. l. 8. C. de reb. cred.

f Fusè Vlpian. in l. 1. pr. & deinceps. de extr. cogn. extraordinariæ cognitiones dicebantur, quas ipsi prætores præsidesve, præter usitatam officii sui cõsuetudinem suscipere cogebantur. d. l. 1. & pass. eod. in cæteris enim actionibus ita erat jurisdictio, ut magistratui liceret alium judicem dare. l. 3. de jurisd.

g Quippe experientia ipsa satis docet, eos, qui hujusmodi artes exercent, hoc animo operã suam præstare, ut dignam mercedem consequantur, unde se honestè exhibere queant: & vicissim eos, qui hanc operam expetunt, ea conditione sibi præstari velle, ut dent. *h Nempe judicio, jurejurando, & præstationibus illis extraordinariis, ut in singulis jam ostensum est.* *i Promissione sc. dotis, & salarii pollicitatione, quod & ipsum in utraque specie paulò ante demonstratum est.* *k l. 5. §. 2. de V. O. alioqui & verbis paciscimur: unde tamen non nascitur obligatio jure civili. l. 7. §. 4. de pact.*

con-

consensum constituendæ obligationis certum præ se ferant. Hæc verborum conceptio, quæ ex interrogatione & responsione constat, sive totus hîc contractus, unde verborum nascitur obligatio, uno verbo *l* stipulatio dicitur.

Literarum obligatio est, cum ad conventionem confirmandã literæ accedunt. Literas accipimus omnem cautionem scripto comprehensam mutuo consensu creditori traditam, quâ quis profitetur se mutuam pecuniam ab eo accepisse. Hinc *m* obligatio, quæ ex contractu, & tanquam literis nata, dicitur literarum: eaque post biennium efficaciter obligat eum, qui cautionem exposuit: neq; tum exceptio pecuniæ non numeratæ admittitur. Quod tamen suas habet conditiones, de quibus simul cum cæteris dicetur postea, ubi natura & vis contractuum explicabitur.

l De qua est tit. in ff. & Inst. de V. O. de vocis hujus etymologia vide, quæ tradũt interpretes ad pr. d. tit. Inst.

m Proprium huic obligationi titulum assignavit Justin. in Inst. vid. c. 43. inf.

CAP. VIII.

De fine omnium conventionum.

Meminisse debemus ad obligationẽ constituendam quatuor has causas initiò à nobis positas esse, consensum, finem conventionis, res promissas; personas contrahentium. De consensu hactenus nobis dictum est, quæ conventiones solo consensu obligationem pariant, quæ non pariunt solo consensu, quibus rebus accedentibus id efficiant. Nihil adhuc agit conventio, quantumvis jure comprobata, nisi superiora illa tria accesserint. Primum est finis. Hic unus est omnium *n* conventionũ communis, ut quid detur aut fiat. In eo personæ duæ, una stipulantis aut acquirentis, promittentis aut dantis sive facientis altera: ac in utraque leges quædam spectandæ. De stipulante ita statuendum; Quæcunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium obligationis sumant, inanem actum nostrum efficere: & ideò neque stipulari,

n Atq; adeo omnium obligationum. l. 3. de obl. & act. in primis tamen contractuum, quibus id agitur, ut acquiratur, quod nostra interest. l. 38. §. alteri. 17. de V. O.

lari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, quenquam posse. In summa, unumquemque sibi stipulando & paciscendo obligationem acquirere posse, alteri stipulando *o* nihil agere. Verùm hîc cautiones quædam adhibendæ partim in persona stipulantis, partim in eo, in quem stipulatio confertur. De stipulatore sic habeatur; Inutilem esse stipulationem, si quis alteri stipuletur, cum ejus nihil interest alteri dari: cæterùm si intersit, hactenus *p* valere stipulationem. Eorum, quorum interest, duo sunt genera. In priore est dominus, & pater, qui filium habet in potestate. Quod dominus servo suo stipulatur, certum est eo nomine domino obligationem *q* acquiri. In eadem causa est pater, qui stipulatur filio, si modò tale sit, quod ad patrem *r* pervenire possit. In altero genere sunt extranei. Extranei extraneo stipulantis tunc interesse intelligitur, cum stipulatio ad utilitatem & cautionem ejus pertinet *s*.

Ei, cui stipulamu, nō semper pactio nostra est inutilis. Ut sit utilis, duplici viâ consequimur, directâ, & obliquâ. Directâ, si ii, in quos stipulatio & pactio cōferuntur, jure pro eadem personâ cum stipulatore habeantur. Earum personarum tria genera. Primum est eorum, quorum in potestate sumus. De his ita jus est; Quod servus domino, filiusfa. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino & patri sine distinctione rerum *t* acquiritur, perinde ac si dominus & pater ipsi sibi stipulati essent. Secundum genus est heredum. Heredibus *u* nostris paciscendo & sti-

o l. 11 de obl. & act. l. 11. §. 6. de pign. act. d. l. 38. §. 17. de V. O. § 4. & 18. Inst. de inut. stip. & ratio quidē in stipulante manifesta est, quia nullam obligationem sibi quæsitam voluit. At cur alteri saltem non acquiritur? puto hoc ideò fieri, ne temerè & inaniter civium fortunæ mutarentur, in possessione a. quæ naturali apprehēsione & occupatione acquiritur, quid refert ad eam acquirendam meo corpore utar, an alieno. l. 53. de acq. rer. dom. l. 3. §. 12. de acq. poss.

p Ad hoc n. hujusmodi obligationes & stipulationes inventæ sunt, ut dictū est. d. l. 38. §. 17. ff. d. § 18. Inst. eod.

q §. 3. Inst. per quas pers. 39. ff. de V. O.

r Nam si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut ire agere ei liceat l. 130. ff. eod. quod & in persona domini servo suo stipulantis eâdem ratione admittendum arg. §. 2. Inst. de stip. idemq; dicendum, si quid pater stipuletur filio ex causa peculii, quod patri non acquiritur. d. l. 39.

s Exempla suppeditat. d. l. 38. §. 20. & deinceps d. §. 18. Inst. eod. quorum omnium una hæc ratio est, quam dixi.

t d. l. 38. §. 17. l. 45. l. 130. de V. O. d. §. 4. & §. 18 Inst. de inut. stip huc etiam pertinent, qui à nobis bonâ fide possidentur, item servi fructuarii, si ex duabus illis causis, ex quibus nobis acquirere possunt, stipulentur. §. 4. Inst. per qu. pers.

u d. l. 38. § 12. & 14. l. avus 33 ff. de pact. unam a. videri personam defuncti & heredis traditur in No. 48. in pr.

pulando

pulando quidvis acquirimus. Et si quidem mihi heredique meo unâ & eâdem stipulatione cavero, nulla dubitatio est, quin heredi quoque rectè prospexerim. At quid si omissâ personâ meâ solis stipulatus sim heredibus? Apud veteres dubitari x potuit, sed hodie sine controversia valebit stipulatio, ut actio & obligatio ab herede incipiat. Quid si quis, cum plures heredes haberet, uni duntaxat, puta Titio, stipulatus sit? Et interest omissa persona stipulantis, hoc modo, Titio heredi meo; an ea adjuncta stipulatio concepta sit, sic, mihi heredique meo Titio. Priore casu soli Titio in solidũ acquirit: posteriore, quia sibi prius stipulatus est, omnibus ex æquo proderit: utique si stipulatio y in dando non in faciendo consistat. Postremi generis sunt tutor, curator, actor civitatis sive syndicus. De his ita proditum, Si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati dari aut fieri quid paciscatur, & pupillo & adolescenti & civitati actionem z utilem acquiri. In eadem causa est a procurator militis, item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda b.

Extra has personas nemo alteri stipulando aut paciscendo obligationem aut actionem ullam acquirere potest: at quod directò fieri nequit, id obliquè aliquando consequimur. Obliqua via duplex; una in mutuo; altera in cæteris causis omnibus. De mutuo ita c traditum est; Si nummos meos tuo nomine mutuos dedero velut tuos absente te & ignorâte, acquiri tibi condictionẽ, nempe per consequentiam possessionis nummorũ in te translatæ. Altera via hæc, si quis stipulando paciscendovè sibi prius actionẽ directam acquirat, deinde id agat, ut quæsita sibi actio in alium

x Propter regulam, quâ cavebatur, ne actiones ab heredibus aut contra heredes inciperent. quod tamen non in aliis causis, quã post mortem conceptis obtinuisse arguit l. un. C. ut act. & ab. her. & cont. her. inc. item §. 12. Inst. de inut. stip. diff. Giph. ad l. 11. de obl. & act. n. 11. ut ut sit, nulla potest esse post d. regulam sublatã dubitatio. d. l. uni.
y Distinctio petita ex d. l. 33. de pact. junct. l. 137. §. ult de V. O. cui non obstat l. 14. C. de cont. stip. quâ cavetur quidem, ut etiam stipulatio, quæ in faciendo est, ad heredes transeat: sed duobus duntaxat casibus. si quis aut sibi simpliciter, aut sibi & omnibus heredibus stipuletur, accuratè. Don. ad. d. l. 38. §. 17.
z l. 5. §. si actori. 9. ff de pec. const. hoc ideo, quia, cum isti pro dominis habeantur, sibi quodammodò cavere intelliguntur, sicuti de tutore traditum est in l 7. §. 3. ff. pro emp.
a Idq; exemplo tutoris & curatoris, ut disertè ait Ulp. in l 26. de reb. cred.
b l. 1. §. 11. & 25. de mag. conv. l. 18. de adopt. add. l. 2. 3. 4 rem pup. salv. for.
c l. 9. §. 8. de reb. cred. add. l. 18. de acq. poss. l. 20. §. ult. de acq rer. dom.

trans-

transferatur, quo pacto illi alteri utilis interdum actio acquiritur. Receptum hoc tum in stipulatione & cautione procuratoris, tum in pactione extranei, utrumque certis quibusdã in causis. In procuratoris pactione causæ tres, ex quibus utilis actio domino datur: prima, si ex re domini *d* paciscatur: secunda, si domino *e* præsente: tertia, si utilitas id exigat, nec aliter domino res *f* salva esse possit. In extraneo hæc una causa est, si quis cum ex sua pactione actionem sibi prius † quæsivisset, apertè paciscatur, ut id, quod sibi præstitum voluit, alteri præstetur: dum tamen contractus is sit, ut det rem à se profectam hac lege, ut ea alteri restituatur *g*.

Atque hæc quidem ita sunt, si id agatur pactione, ut alteri acquiratur: quod si alio spectabit conventio in alterum collata, ad duas res potest esse utilis; ad solutionẽ, & actionis retentionem. Solutio etiam in extraneam personam conferri potest, ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen extraneo etiã invito eo rectè possit, ut liberatio ipso jure *h* contingat. Ad retentionem alteri utilis est pactio, si id agatur, ut actionem, quam prius habuit, & quam eandem sine conventione nostra amittere potuisset, ei integram *i* conservemus. Cæterùm quamvis nemo alteri, extra personas & causas exceptas, utiliter stipuletur, remedium tamen stipulanti in pœna paratum est, quã adjectã actio quidem alteri non acquiritur, sed

d l. quod procurator. 68 de procur. ut si fundo domini vendito pretium sibi dari stipuletur. Huc etiã pertinent exempla in l. 27. §. ult. & l. seq. eod.

e Quamvis non ex re ejus l. 79. de V. O.

f Quod primũ receptum in contractu institoris. l. 1. in fin. & l. 2. de Inst. act. inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris. l. 23. §. si procurator. 25. de act. emp. l. 5. de prat. stip. l. 28. §. ult. de dam. inf.

† Sic fit, ut jam non alii acquiram actionem, sed eam, quam habeo, in aliũ transferam: quod jure communi receptũ ex omni causa, ex qua res transferri solent. l. 7. & 8. C. de her. vel act. vend. l. 18. C. de leg. l. ult. C. si fis. vel priv. fusiùs Don. d. loc.

g Ut puta, rem, quam apud se quis habebat commodavit alicui, aut apud eum deposuit eâ lege, ut is eam domino restitueret. l. pen. C. ad exhib. aut rem suam donaris eâ conventione interpositâ, ut donatarius eam restitueret alii. l. 3. C. de don. quæ sub mod. similia exempla sunt in l. 13. in fin. pr. de pign. act. l. 7. C. de pact. conv. l. 45. ff. sol. matr.

h §. 4. Inst. de inut. stip. l. 12. §. pen. de sol. confertur a. solutio in extraneam personam. cum disjunctim mihi aut Titio 10 dari stipulor. At si conjunctim, mihi & Titio, tunc summa pro numero personarum dividitur. l. 56. de cond. & dem. l. 11. §. 1. de duob. reis. ita ut stipulatio in mea persona valeat in 5. in altera 5 sit inutilis tum ad obligationem, quia eam alteri acquirere non potui, tum ad solutionem, quia non id agitur, ut 5 mihi debita illi præstentur, sed ut nova 5 illi dentur. d. §. 4. l. 55. & seq. de V. O.

i Ex. gr. in venditione pignoris convenit inter creditorem & emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii, liceret ei recipere rem suam. l. 13. de pign. act.

nisi

nisi ita factum erit, ut est comprehensum, committitur stipulatio etiam ei, cujus nihil *k* interest.

Hæc de prima lege. Secunda lex promissorem attingens hæc est: Si quis alium daturum facturumvè promiserit, non obligatur: de se enim quemque, non de alio promittere *l* oportet. Exceptæ hic cautiones duæ; rem ratam dominum *m* habiturũ, item cum quis constituit certam personã pro se *n* fidejussuram. Planè si quis effecturum se, ut alius det, spoponderit *o*, obligatur. Sed & hîc pœnæ auxilio uti licebit.

k sc. dari aut fieri alteri d. l. 38. §. alteri, d. §. 18. Inst. de inut. stip. quo posito sequitur. ut, etsi triplo aut quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnæ, quam efficit id, quod alteri dari debuit, nihilominus valeat stipulatio, contra quam vulgò existimant. vid. c. 45. inf. Illud obiter notandũ, pœnam res impossibilis aut turpis non committi. l. 61. & 69. de V. O. *l d. l. 31. pr. & §. 1. l. 83. eod. §. 3. Inst. eod. non quod conditio rei promissæ obstet, quæ ratio à plerisque reddita est, sed quia facto suo alium obligare promissor non potuit. l. 3. in fin. C. ne ux. pro mar. se voluit: certè verbis non ita cavit.* *m l. 13. & 18. ff. rem rat. hab. haud dubiè ideò, quia cum hæc stipulatio prætoria sit, interpretationem accipit de mente prætoris, qui utique eam valere voluit, l. 52. de V. O.* *n l. 14. §. 2. de pec. const. dici quoque potest & fortasse probabilius, nihil hîc esse singulare, nempe debitorem non alienum factum, sed suum promittere, videlicet daturum se certam personam, quæ fidejubeat.* *o In id sc. quod interest, d. §. 3. in fin. l. illa. 67. §. 1. l. 72. de V. O.* *l Aut quanti ea res est, stipulatio d. l. 38. §. 2.*

CAP. IX.

Quæ res quomodo in obligationem utiliter deducantur.

TErtia causa est id, quod in conventionem deducitur, sine quo nulla conventio, nulla obligatio esse potest. Id duplex, res, facta. Hinc binæ species obligationum subjectis suis distinctæ, una dandi, altera faciendi *p*. Leges duæ hîc observandæ: una, ut dari fierive possit, quod promittitur; altera, ut intelligatur, quid sit & quam utilitatem adferat creditori. De his igitur pro varia rerum & factorum conditione separatim.

Res omnes, quæ dari, haberi per naturam aut leges possunt, in obligationem rectè deducuntur: quæ dari non possunt, earũ nulla *q* obligatio est. Earum autẽ, quæ dari non possunt, tria sunt genera; quæ non sunt in rerum natura; quæ commercio sunt exemptæ; quæ jam

p l. 3. ff. de obl. & act. l. 1. in pr. de V. O. §. ult. Inst. eod.

q l. 35. pr. ff. eod. eoq; pertinet regula juris: l. impossibilium, 185. de reg. jur.

jam nostræ sunt. In rerum natura quod non est nec *r* esse potest, id nec dari posse liquido satis constat, ut si promittatur homo aut bos, qui mortuus *s* sit: verum hoc eò maxime spectat, ut intelligamus nec æstimationem ejus rei deberi, nec pœnam eo nomine *t* commissam peti posse. Rerum commercio exemptarum quatuor sunt *u* species. Prima earum, quæ in totum commercio arcentur, ut liber homo, cujus tamen duplicem alienationem receptam esse primo libro retulimus; item res omnes divini juris, communes, publicæ, universitatis. Exceptæ ex rebus divini juris res sacræ mobiles, quas certis & piis de causis vendi posse, si necessitas urgeat, eodem libro ostensum est. Sed & loca *x* publica certis ex causis à principe aut civitate alienari posse non est dubitandum. Omnium tamen harum rerum venditio hactenus subsistit, ut emptor † ignorans consequatur, quod sua interest. Secundæ speciei commercium quibusdam duntaxat interdictū, ut mancipium Christianum *y* Judæo. Tertiæ speciei res sunt, quarum quævis alienatio dominis interdicta est, ut *z* fundi dotalis; servi, qui in fuga est; tignorum, quæ ædibus injuncta sunt; rei litigiosæ. Quarta species est earum rerum, quarum venditio tantum prohibita est. Hujus speciei res quatuor, *a* sal; actiones, quarum venditio non latiùs consistit, quam ad quantitatem pretii & *b* usurarum *c*; purpura; sericum. Sed & hæ res si vendantur ignoranti emptori, actio ei ex empto, quatenus ejus interest †, competit. In ter-

r Contra si futurum speratur, ut fructus, partus, fœtus nascituri, captus piscium &c. l. 8. de cont. emp. l. 7. de her. vel act. vend. l. 73. l. 75. §. 4. de V. O.

s §. 1. Inst. de inut. stip. l. 69. ff. d. tit. de V. O.

t d. l. 69. l domnum. 57. & l. seq. ff. de cont emp.

u Atque earum omnium stipulatio & conventio inutilis. l. 6. l. 24. §. 1. de cont. emp. l. 83. §. 5. de V. O. §. 2. Inst. de inut. stip. eodē numero sunt venena mala, quæ nullo modo adjectione alterius materiæ usui nobis esse possunt. l. 35 §. 2. de cōt emp.

x An loca publica vendi vel alienari poßint, item per quem & quomodo tractat Capell. de serv rust. c. 3. n. 22 & seq. † *Id est, privatas esse existimans. l. 4. l. 62. §. 1. de cont emp. Cujus res ratio est in l. 13. § 3. de act. emp. aliud est in stipulatione. d l. 83 §. 5.* *y Aut pagano. tit. C. ne Christ manc. valebit tamen hujus generis stipulatio, quamvis promissor commercium non habeat, si modò habeat stipulator l 34. de V. O. rationem suppeditabit l 71. de V. S.* *z l. 2. 13 de fund. dot. l. 6 C. ad leg. Fab. de plag l. 35. §. 3. de cont. emp. l. 41. pr. de leg 1. l. 2. C. de adsf. priv. l 1. & 2. C. de eunuch. tot. tit. ff. & C. de litig.* *a Salis venditio prohibita sine persona mancipum, id est, salinarum conductorum. l. 11. C. de vect. & comm.* *b Exceptis cessionibus necessariis. l. pen. & ult. C mand.* *c l. 1. & 2 in C. quæ res ven. quibus constitutionibus hodie non utimur. vid. quæ de serico notat Gotof. ad. d l. 2. & P. fab. 1. sem. 16. de purpura & murice Cuiac. 12. obs. 24.* † *Quod multò magis in hac specie recipiendum, quam in iis rebus, quæ commercio prorsus exemtæ sunt.*

tio genere sunt res, quæ jam nostræ sunt: nam quod *d* nostrum est, id amplius nostrum fieri nulla pactione *d* potest. De omnibus his rebus in universum ita statuemus; Quæcunque res ex superioribus conventione in obligationem deductæ erunt, conventionem usque adeò non valere, ut nec earum *e* æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine *f* promissa committatur, ac ne sublatâ quidē rerum qualitate *g* convalescat. Verùm hoc ita si pure in obligationē deducantur. Cæterùm si primum genus rerum, quæ commercio penitus exemptæ sunt *h*, removeris, cæteras omnes sub conditione utiliter promitti non est *i* ambigendum. Quid autem si res ab initio utiliter promissa postea in aliquam harum causarum sine facto promissoris inciderit? & constat in totum evanescere stipulationem, nec mutatâ rei conditione *k* restitui.

De rebus, quæ non prohibentur alienari, contraria definitio est; has omnes sive corporales sive incorporales, nostras sive alienas utiliter in conventionem *l* deduci: ut tamen ex rebus alienis excipiantur res furtivæ, quarum emptio & venditio inter scientes nulla: ignoranti autem si venditæ fuerint, valebit emptio ad hoc, ut emptor consequatur, quod *m* interfuit ejus, ne deciperetur. Tantundem dici posse existimo de rebus vi possessis & *n* præsidi contra legem Juliam datis, & fortasse aliis nonnullis.

Hactenus prima lex de impossibili præstatione. Al-

d §. 14. Inst. de act. vid. l. 82 de V. O. l 16. de cont. emp. l. 20 C. loc l. 45. de R. I Res a. nostra sic accipe, quarum proprietas ad nos pertinet, non ususfructus duntaxat d. l. 16. de cont emp. & ita pertinet, ut avocari nō possit. l. 4. C. eod.

e Quod satis intelligitur ex eo, quod hæ res inutiliter in conventionem deduci dicuntur. §. 2. Inst. de inut. stip. d. l. 4. & l. 34. §. 1. de cont emp. & verò quod in legato earū rerum obtinet. §. 4. Inst. de leg. id majore ratione recipiendum in contractibus arg l. 12. de V. S.

f l. 69. junct. l. 35. de V. O. aliter atque cum alium daturum facturumve promisit, cui stipulationi pœnalis subjecta committi potest. §. 18 Inst. de inut. stip. *g* l. 83. § 5. de V. O. d. §. inst. d. tit. sicut generaliter de omnibus, quæ ab initio inutiliter fiunt, definitum est regulâ juris 29. *h* Quippe fas non esse visum est, eam expectare mutationem, quæ aut civitatē interitum afferre, aut civi libertatem adimere solet. d. l. 83. §. 5. d. l. 34. §. 2. de cont. emp. *i* Exemplo sit res nostra, si tempore existentis conditionis amplius nostra non sit. l. 31. l. 98. de V O. l. 61 de cont emp. *k* d. § 2. d l 83. §. 5. quod etiam præcedentis sententiæ argumentum est. *l* l 35. de V. O. l. 2. C. de obl. & act. l. pen. C. quan fisc. vel priv. ist ff. & C. de her vel act vend alienæ autem redimi, aut earum æstimatio præstari potest, ut de re aliena legata proditum est. § 4. Inst de leg. *m* l. 34. §. 3. arg. l. 62. §. 1. de cont. emt. add. Mozz. de contr. in gen. act. 7. n. 9. & seqq. *n* Quia sicut res furtiva. ita & earum usucapio interdicta. §. 2. Inst de usuc l. 48. de acq. rer. dom. excipiemus quoque frumentum publicis canonis. quodq; exercitui mittitur. l. pen. & ult. C. quæ res ven.

tera supereſt, promiſſum quid ſit, & quam habeat utilitatem. Res, quæ promittitur, aut ſpecies eſt, aut *o* genus. Species, utpote ſemper certa, ſi de intelligentia quæratur, utiliter ſemper in obligationem deducitur. Genus duplex; unum, cui ſubjectæ ſpecies omnes certam utilitatem afferunt, ut homo, bos, equus: & ideò utiliter ſemper in pactionem & ſtipulationẽ *p* deducitur. Alterum genus eſt, quod ſpecies habet ejuſmodi, ut ſi minimum ex eo genere præſtetur, inutilis futura ſit & ridicula præſtatio. Exemplo ſint res, quæ pondere, numero, menſurâ conſtant. De hoc genere rerum ita placuit, ut ſi ſimpliciter promittantur, nullo neque pondere, neque numero, neque menſurâ, aut alio quoquam ex quo certitudo rei deprehendi poſſit, adjecto *q*, inutilem eſſe ſtipulationem.

Nunc de factis eaſdem leges ponderemus, & primò quæ facta ſint impoſſibilia. Facta impoſſibilia sũt aut naturâ aut jure. Naturâ quibus natura impedimento eſt, ut ſi quis Pariſiis cõſtitutus centum ſe hodiè Romæ daturum promittat. Hæc ſtipulatio *r* inutilis eſt, cum impoſſibilis ſit repromiſſio. Jure impoſſibilia ſunt, quæ *s* fiunt aut contra leges ſive in fraudem legum; aut contra bonos mores, quæ & turpia dicuntur, ut quibus aut delictum præteritum remuneratur, aut præſens confirmatur, aut invitatur *t* futurum. De iis, quæ cõtra leges fiunt, id cuſtoditur, ut ipſo jure conventio *u* non valeat: niſi aliam eſſe mentem legis evidenter appareat, puta ſi patiatur obligationem ipſo jure valere, contenta dare exceptionem, quod in duabus cauſis receptum eſſe animadvertimus, in pecunia filiofa. credita, & in interceſſionibus *x* mulie-

o l.54. de V.O ubi more IC. recepto ſpecies dicũtur, quæ Dialecticis ferè appellãt individua, ut Stichus, hic bos: genera, ea omnia, quæ ſub appellatione cõmuni plures res huic appellationi ſubjectas continent, etiã ea quæ dialecticis ſunt ſpecies infimæ, ut homo, equus, bos.

p Ita ut promiſſor in hoc genere electionem habeat. §. 33. verſ præterea, Inſt. de act.

q l. 115. de verb obl. add. l. 94. eod. l. ult. §. 1. C. de dot. prom. l. 14 ff. de ann. leg. ex quibus locis ſimul ſciri poteſt, quomodo earum rerum quantitas etiam nõ adjecta ex aliis rebus intelligi poſſit.

r §. ſi impoſſibilis 10. Inſt. de inut. ſtip. §. 5. Inſt. de V.O. contrariũ tamen ſcriptum videtur in l. 58. § 1. ff. locat. ſed ibi duæ ſunt conventiones, locatio operis & conventio de tẽpore, quarum prior, quæ poſſibilis eſt, non debet per alteram impoſſibilem vitiari. Hic una conventio eſt, eaq; impoſſibilis. *s l. 29. & ſeq. ff. de legib. l non dubium. C eod. exẽpl. in l. 66. de V.O.* *t Vid. l. 7. §. 3 l. 27. § 4 l. 53. ff de pact l. ſi flagitii. 123. de V.O. l. 2. pen. & ult de cõd. ob turp. cauſ. l 5. C eod l. 1. § ſi cui. 12. de ext. cogn. l. 6. §. 3. mand. l. 1 2. pro ſoc.* *u d. l. non dubium C. de legib. congruit d l. 7. §. ſi paciſcar. ff de pact.* *x Non enim vetant SC. pecuniã filiof. credi, aut mulierem intercedere: ſed cavent, ne eo nomine actio petitiove detur, l. 1. de SC. Maced. 2. ad Vell.*

rum. Turpes verò conventiones quæ sunt & *y* ipsâ conventione & per se, eæ omnes ipso jure inutiles & nullius momenti habentur. Huc nunc altera lex accedat, quale sit & quam utile, quod in obligationem deductum est: nam si hoc ex incertitudine promissi intelligi non possit, non magis utilis erit hæc stipulatio, quam illa superior. Incertitudinem duæ res faciunt; dies faciendi omissus, quod evenire potest in stipulatione judicii sistendi causâ; item locus, ubi fieri debeat, ut si quis insulam fieri stipuletur, nec locum adjiciat. Neutra harum stipulationum *z* utilis creditori.

y l. generaliter. 19. & l. 61. de V. O l. 4. C. de inut. stip Sin conventio conceptione ipsâ nihil turpitudinis habet, sed tamen in re ipsa & causa promittendi inest aliqua turpitudo exceptione summovebitur, ad quam speciem aptandum, est responsum Pauli in l. 8. de cond. ob turp. ca. *z Non prior, quia non quovis die reum venire actori utile est: non posterior, propter electionem debitoris. vid. l. 115. de V. O. l. 2. §. 5. de eo quod cert. loc.*

CAP. X.

De personis contrahentium.

Tribus conventionum causis absolutis, offert sese quarta & postrema, nempe personæ. Non continuò qui contraxit, quamvis superiora concurrant, obligatur. Quo minùs obligetur aut persona promittentis impedimento est; aut is, cui promittitur. Impedimenta obligationi ex persona promittentis obstantia aut generalia sunt, aut quorundã contractuum propria. Generalia aut ex conditione personæ, aut ex causa aliqua extrinsecus interveniente. Conditione personæ impediuntur servi. Servi ex nullo contractu aut facto suo, extra causam maleficii obligari possunt, aut alios sibi *a* adstringere: quod adeò verum est, ut si liber contraxerit, deinde in servitutem postea deductus sit, extinguatur *b* obligatio. Liberorum ea ratio est, ut sola eorum *c* conditio nunquam contractum impediat. Impedimenta, quæ extrinsecus

a l. 6. C. de jud. l. 14. ff. de O. & A. in tantum, ut nec manumissi postea teneantur, l. 17. de neg. gest. tot. tit. C. an serv. pro suo fac. una hîc exceptio est, siquid domino promiserint ob manumissionem, l. 1. C. de t. sand naturaliter ex contractibus suis obligantur & obligant. d. l. 14. l. 15. de cond. ind. *b In eum casum deducta, unde incipere non potest, nec restitutus redit in obligationem. l. 30. de O. & A.* *c Cui rei argumento est filiusf. qui tametsi jure potestatis non multùm differt à serv., tamen ex omnibus causis tanquã paterf. obligatur. l. 39. d. tit.*

interveniencia obligationi obstant, sunt duo; inopia earum rerum, quas contractus desiderat; tum beneficium juris. Si quis non est capax earum rerum, quas contractus desiderat, is ex persona sua contrahendo obligari non potest. Res ad contrahendum obligationem necessariæ ex persona promittentis duæ; consensus, & libera rerum administratio: proinde si qui sint, quorum nullus est consensus, aut quibus rerum administratio adempta est, hi ex contractu non obligabuntur. In priore genere sunt furiosi, mente capti, infantes. Hos constat nullum negotium rectè gerere, eoque nec ipsos se obligare, nec alios sibi posse, nec si tutoris aut curatoris autoritas *d* accesserit. His prodigum licet adjiciamus, hoc est, eum, cui bonis interdictum est: nam & is in eadem causa cum furioso habetur, cum de eo *e* obligando agitur. Cæterùm stipulando aut aliud negotium gerendo sibi alium obligare *f* potest.

Rerum administrationem hominibus, quamvis alioqui intelligentibus & sanæ mentis, duæ res adimunt, sed dissimiliter; ætas; & vitium corporis. Ætas tum impuberibus, qui infantiam excesserunt, tum adolescentibus puberibus. Impubes infante major, tutore auctore, & alios sibi contrahendo obligare, & aliis obligari potest. Sine tutoris auctoritate alios quidem sibi obstringit, ipse verò aliis non *g* obligatur ni-

d l. 5. de R. I. l. 1. §. 12. de O. & A. §. 8. & 9. Inst. de inut. stip. Utique tamē quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi debet. arg. §. 1. Inst quib. non est per fac. test. sed nec furor posteà interveniens ullum negotium rectè ab eo gestū perimit. d. §. 1.

e Et deminuendo patrimono l. 12. in fin de tut. & cur. dat. neq; aliò pertinet, quod traditur in l. 40. de R. I. ejus, cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem. Quid? an non obligabitur saltem natura? non ausim negare, sed tamen destituitur ea obligatio omni auxilio juris civilis. l. 6. de V. O. vid c. 2. sup.

f d. l. 6. Illud hîc quæri solet, ipsone jure quis pro prodigo haberi debeat, an demum post decretum magistratus. Dicendum est, eum, qui moribus talis est, qualis describitur in l. 1. de cur. fur. revera quidem & ethicè prodigum esse: cæterùm politicè, & quo ad administrationem rerum non ante talem haberi, quam ea admistratio decreto magistratus ei adempta sit: quo fiat, ut jam aut ipso jure ex l. 12. tab. incipiat esse in curatione agnatorum, aut si illi idonei non sint, à prætore curatorem accipiat. §. Furiosi. Inst. de cur. d. l. 1. & 13. de cur. fur. idq; ita etiam olim obtinuisse vel ex uno Horatii loco intelligitur 2. serm. 3. Interdicto huic omne adimat jus Prætor & ad sanos abeat tutela propinquos. attigi hanc quæstionem etiam lib. 1. c. 15.

g d. l. 5. de R. I. de §. 9. Inst. de inut. stip. l. 1. §. antep. de O. & A. & in universum meliorem quidem conditionem suam facere pupillus potest etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem non potest. Inst. de auct. tut. in pr. l. 9. ff. eod.

si quæ-

si quatenus factus est locupletior *h*. De adolescente pubere hæc *i* extat distinctio; Si curatorem habens minor 25 annis sine curatoris auctoritate contraxerit, hunc contractum servari non oportere, non magis, quam si contraxisset is, cui à prætore curatore dato bonis interdictum est. Si verò sine curatore constitutus contraxerit, eum jure civili obligari, tametsi beneficio ætatis possit restitui. Eadem distinctio adhibeatur & in his, qui propter vitium corporis curatores accipere solent: ut sunt muti, surdi, cæci, & si qui alii similes, quibus curator dari solet.

Impedimentum proprium stipulationis unum est, si is, qui stipulatur verba promittentis, aut is, qui promittit, verba stipulantis audire non *k* potest. His remotis nulli liberi homines, ac ne filii quidem familias impediuntur, quominùs contrahendo voluntate suâ rectè obligentur.

Beneficio juris, ut ne obligentur, tributum est filiisfa. in pecunia credita, & mulieri pro alio intercedenti. Quarum rerum tractatio, ut pote uberior, tantisper differenda, donec institutum divisionis cursum absolverimus.

Hæc igitur de promissore. De eo, cui promittitur, ita definiemus; Quidquid promittitur ei, cui obligari non possumus, aut qui alii obligationem acquirere non potest, id inutiliter promittitur. Id accidit tribus de causis: unde & totidem sunt ordines eorum, qui nec sibi nec aliis acquirunt. In primo ordine sunt, qui naturali contrahendi facultate destituuntur, ut in universum *l* furiosus, infans; in stipulatione mutus, surdus. Secundus ordo est eorum, qui con-

h Idq; ex rescripto D. Pii l. 1. l. 5. pr. & §. 1. ff. eod. l. 3. pr. comm. de pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione aliquando naturaliter obligetur, & quâ vim ea obligatio habeat. jure civili dictum est sup. c. 2.

i In l. 3. C. de in int. rest. estque id omninò consequens adeptioni potestatis administrandi. l. sanc. C. adm. tut. d. l. 6. de V. O. l. 1. de min. l. 21. de V. S. & aliàs assiduis implorationibus tribunalia personarent ad l. 101. de V. O. respondeo cum Rob. 2. anim. 12. non dicere I. C. simpliciter minores sine curatoribus suis obligari, sed posse obligari, nempe aliquando: cum sc. sine periculo suo promittunt: quod non uno casu fieri potest, ubi stipulatio obligationi jam constitutæ accedit. Cæterùm ut eas ipsas res, quarum administratio eis denegata est, in obligationem deducant, atq; ex hoc suo contractu ipso jure obligentur, vix est, ut defendi possit.

k l. 5. §. pen. & ult. ff. de ob. & act. l. 1. pr. de V. O. §. mutum. 7. Inst. de inut. stip. Hoc a. ideo speciale in stipulatione, quia non nisi verbis perficitur. *l d. l. 1. §. 12. & seq. d. §. mutum. & 2. seqq. prodigus verò, item impuberes, qui infantiam excesserunt, multoq; magis puberes in ea causa sunt, ut sibi obligationem acquirere possint. §. 8. Inst. de inut. stip. l. 9. de auct. tut.*

P 5 trahere

trahere quidem & rem gerere rectè possunt, sed sibi contrahendo non prosunt, propterea quod actionem ex eo contractu acquirere prohibentur. In hoc numerò sunt hi *m* dominus cum servo quid gerens, pater cum filio; *n* frater cum fratre, qui in ejusdem patris sunt potestate: verùm in rebus, quæ patri *o* acquiri solent. Tertii ordinis sunt, qui certis de causis aut rebus, aut certis modis contrahere prohibentur: in quo sunt *p* præsides provinciarum officii causa in provincia ad tempus degentes; palatini; milites, & alii plures, quos enumerare idcircò necesse non est, quia moribus nostrorum temporum nulla, quod sciam, hujus interdictionis ratio habetur. Tutor, curator, item administratores alienarum rerum omnes, si res dominorum & officio distrahant, sibi eas parare, nisi palam & bonâ fide prohibentur *q*.

m l.6. C. de jud. naturaliter tamen ex eo servo obligari, ideq; nec manumisso solutum repetere posse scriptū est in l.64. de cond.ind. n §.12. Inst. de ob. quæ ex del. l.4. ff. de jud. l.38. de cond jud. sed & in proposito quin naturaliter contrahentes obligētur nulla dubitatio est. d.l.38. pr. & §. pen. Apud nos etiam civiliter obligari supra diximus. o Videlicet peculio profectitio, nam ad quantitatem castrensium peculiorum obligatio civilis contrahitur. d.l.4. de jud. in adventitiis saltem usque ad proprietatem, tametsi hoc neget Gædd. c.7. de cont. stip. n.43. & seqq. p Vid. l.un. C. de contr. jud. l.62. ff. de cont. emp. l.33. & seq. si cert. pet. l.ult. C. de rei vend. rationem interdictionis apud Zas. Alc. Don. in d.l.33. q l.34. §.ult. l.46. ff. de cont. emp. ne sc. munere ad utilitatem dominorum comparatum per speciem officii ad suum compendium abutantur. arg. l.54. de adm. tut.

CAP. XI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

ACcedamus nunc ad obligationem filiifa. & mulierum, cujus paulò ante mentionem habuimus. Filiusfa. ex omnibus causis tanquã paterfa. *r* obligatur, exceptâ duntaxat pecuniâ creditâ ex beneficio *s* SC. Macedoniani. Quod ideò senatus prospexit, ut à parentibus averteret periculum, quod paratâ luxuriei materiâ, æreque alieno grandi contracto haud frustrà ab filiisfa. metui amplissimus ordo existimavit. Summa sententiæ senatusconsulti tribus capitibus continetur, prohibitione, pœnâ, exceptionibus, sive rebus, in quibus mens SC. cessat. In primo capite, quo vetat,

r l.39. de O. & A. l.57. de jud. conveniri igitur patre etiamnum superstite potest: tametsi condemnatio adversus eum facta ad bona paterna non peculiaria non extendatur. s Quod extat in l.1. ff. de SC. Mac. cujus summa dilucidè comprehensa est in §. pen. Inst. quod cum eo.

ne quis filiofa. mutuam pecuniam det, quinque sunt animadversione digna, quorum duo priora ad personas contrahentium pertinent, reliqua ad rē prohibitā. De persona creditoris ex generali prohibitione ita generaliter definiemus; omnes omninò, cujuscunque *t* ordinis aut dignitatis sint, mutuam pecuniam filiofa. dantes in senatusconsultum incidere. Secundò, vetat senatus dari filiofa. quo nomine omnes *u* liberos sine discrimine sexus aut gradus, qui modò in potestate parentis sint, cōprehendi ex sententia senatusconsulti responsum est: nec quidquam refert frugi sit filiusfa. an non *x*; magistratus, an privatus. Soli excepti, qui castrense aut quasi castrense peculium habent, & precipuè milites. In his jam olim placuit cessare SC. usq; ad quantitatem *y* castrensis peculii, cum in eo vice patrumfamiliarum fungantur. At postea de filiisfa. sub armatā militiā militantibus generaliter cautum, ut his credi pecunia liberè & indistinctè possit, ut & pater eo nomine de peculio *z* obstringatur. Vetat Senatusconsultum pecuniā credi filiofa. non vetat emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis: nam eos tātùm in periculū vocari senatus putavit, quorum in *a* potestate essent. Quod si pendeat, an in potestate sit filius, fortè quia patrē apud hostes habet, interim denegabitur *b* actio. Tertiò is solus SC. offendit, qui mutuum dedit, non qui aliàs *c* contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid fiat in fraudē Senatusconsulti. & ideo etsi in creditum abiit filiofa. ex alio contractu, in quo pecuniā non numeravi, cessat senatusconsultū. Quartò sola pecunia *d* numerata hinc removetur: cæteræ autem *e* res omnes utiliter filiofa. mutuò dantur,

t Ut nec intersit utrum privatus crediderit, an civitas. l. 15. h. tit.

u l. 9. §. 2 l. 14. ff. l. pen. C. eod. & alias sæpe responsum appellatione filiū etiam nepotē & filiam contineri. l. 201. l. 220. §. ult. l. 195. de V. S.

x l. 1. §. ult. ff. h. tit. nempe qui nunc frugi est, potest corrumpi. quia sunt in aliquo dignitatis gradu, solent esse profusiores, excipi tamen debent ea dignitates, quæ filium eximunt potestate. Nov. 81.

y l. 1. in fin & l. 2. ff. l. ult. in fin. C. eod.

z Etiamsi non habeant castrense peculium, aut si habeant, mutuum ejus quantitatem excedat. d. l. ult. §. ult.

a l. 3. §. 3. & seq. ff. eod. d. §. pen. Inst. quod cum eo. ab emancipatis, qui in aliam familiam transeunt, non magis tale quid metuendum est, quam à quovis extraneo. sed nec pater ex contractibus eorum ullo modo tenetur. L. 1. C. ne fil. pro pat. *b Ne contra SC. fiat, si fortè pater redeat. l. 1. § 1. eod.* *c l. 3. §. 3. ff. l. 3. C. eod. add. l. 7. §. 13. ff. eod.* *d Quod colligit Ulp. ex eo, quod senatus mutuam pecuniam dixit, alioqui suffecisset, uno verbo dixisse mutuum. d. l. 7. §. 3.* *e d loc quippe in aliis rebus filiof. mutuò datis non idem est periculum, quod in pecunia numerata.*

nisi & in his fraus senatusconsulto quæratur. Illud non refert, utrū pecunia sub usuris mutuò data sit *f*, an sine usuris. Postremò dari pecuniam senatusconsultum vetat, promitti non vetat: proinde si stipulanti alicui pecuniam mutuam promisero, deinde alio tempore numeravero, numerationis *g* tempus inspiciendum erit.

Tantum de prohibitione. Sequitur pœna sive auxilium senatusconsulti. In pœna verbis senatusconsulti breviter comprehensa quatuor sunt consideranda. ex quibus primum est *h*, actionem omnem denegari, si contra SC. factum esse apparebit: aut si de eo *i* ambigetur, exceptionem adversus actionem dari: quæ est illa à jureconsultis toties usurpata exceptio SC. Macedoniani. Secundò denegari actionem omnibus, sive pœnæ senatusconsulti obnoxios esse *k* omnes, quibus actio competeret, si senatusconsultum non obstaret. Tertiò dari exceptionem senatusconsulti non filiosa. solùm, sed & parenti ejus, & *l* heredibus, si paterfa. decesserit: hoc amplius & fidejussoribus cæterisque accessionibus, quæ *m* regressum sunt habituræ adversus principales reos. Quartò exceptionē hanc esse *n* perpetuam: nec si filius potestate liberatus fuerit, ideo magis bonum *o* nomen fieri. quinetiam *p* post rem judicatam exemplo mulieris intercedentis, opponi posse: dummodò res acta sit judicio cum filiosa. non cum eo, qui jam factus est sui juris. Nunc videamus, quibus in causis cesset senatusconsulti sententia.

f d. l. 7. § sive. 9. d. §. pen. Inst. quod cū eo. quanquam senatus præcipuè prohibuit filiisf. fœnerari. d. l. 3. ff. & l. 3. C. eod.

g Ut si eo tempore paterf. exspiratur, cesset SC. sin filiusf. SC. sit locus. d. l. 3. § ult. & 3. ll. seqq. eod.

h Quam aliequi habiturus esset creditor, sive ea in personam sit, sive in rem de pignore. d. l. 1. d. §. pen. nec inter est nummi consumti sint, an adhuc extent in peculio. l. 9. §. 2. ff. eod.

i Sic interpretatur Ulp. edictum de jurejurando iisdem verbis de actione non danda conceptum quibus SC. Mac. l. 9. de jurej.

k Quo in numero sunt non tantum ipse creditor, qui pecuniam numeravit, sed etiam creditoris heredes, item alius qui sibi eam pecuniam reddi stipulatus est. d. l. 7. §. non solùm. 6. & seq. eod. nec obstant verba SC. in l. 1. eod. nam & isti perinde habentur interpretatione juris, quasi pecuniam numerassent.

l d. l. 7. §. quanquam. 10. l. 9. §. non solum. 3. eod.

m Secus est, si nullum regressum habeant, puta si donandi animo fidejusserunt. d. l. 9. §. 1. item, si filiusf. institor mutuam pecuniam accepit: tum enim ipse quidem exceptione SC. juvabitur: cæterùm adversus extraneum, qui eum præposuit, institoria dabitur. quod si pater eum præposuit, in universum cessabit SC. quoniam tum voluntate patris contractum videtur. d. l. 7. §. interdum. 11.

n l. 40. de cond. ind. arguit definitio peremtoriarum & perpetuarum exceptionum. §. perpetuæ. Inst. de exc.

o Id est, debitum utile, quod jure exigi possit. d. l. 1. in fin. pr. §. pen. Inst. quod cum eo. d. l. 7. §. 4. & seq.

p L. tamen. 11. eod. contrà, quam receptum est in cæteris exceptionibus peremptoriis. l. 2. C. sent. resc. non poss. ne quod unâ viâ prohibitum est, eò alterâ perveniatur. C. cum quid unâ. de reg. jur. in 6.

CAP.

CAP. XII.

Exceptionem senatusconsulti Macedoniani quæ res impediant.

TRes sunt causæ, quibus intervenientibus, senatusconsulto non est locus: quamvis constet creditam esse filiofa. pecuniam. Prima ducitur ex persona creditoris, si is justo q errore deceptus patremfa. esse credidit, cui pecuniam dedit. Justum errorem duæ res faciunt; vulgata opinio & fama, quâ filiusfa. pro patrefa. passim habebatur, quia sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus r fungebatur; & mendacium filii, si se patremfa. mentiatur, nec creditor aliunde s sciverit aut scire potuerit filiumfa. esse. Cæterùm si stulte credidit, non denegabitur exceptio.

Secunda causa ex persona nascitur patris. Hinc gemina exceptionis senatusconsulti denegatio: una est, si t voluntate patris pecunia credita fuerit: altera, si in rem ejus versa sit. Voluntate patris creditam accipimus, non solùm si u mandante patre data sit, sed & si sciente tantùm nec x contradicente; aut si is postea y ratum habuit, quod actum est. Versa in rem patris pecunia intelligitur, si quid inde aut acquisitum sit patri, puta si filius rem utilem comparavit, æs alienum solvit, actionemvè patri quæsivit; aut si quid fecit quo facto nihil amittat pater de suo, puta si pecuniam impendit in rem eam, in quam pater voluntate sua impensurus erat, nullo jure aut necessitate

q l. 3. eod. fundum ex sententia SC. quoniam hîc cessat causa denegatæ actionis.
r d. l. 3. l. 2. C. eod. quid si duo sint rei credendi, quorum unus sciat, alter justo errore ductus ignoret filium esse familias? in utraq; erit locus SC. d. l. 7. §. 7. non quod scientia unius alteri noceat, sed propter conjunctionẽ obligationis l. 2 ff §. 1. Inst. de duob. reis. Quod si duo sint filiif. eti debendi, quorum unus creditor filium f. esse scivit, alterum ignoravit, distinguendum est ad utrum pecunia pervenit. d. l. 7. §. 8.

s l. 1. C. junct. l. pen. ff. eod. sicut & alias receptum. l. 4. §. 1. l. 6. quod cum eo.
t l. 2. C. l. 7. §. quanquam. 10. ff. h. tit.
u l. 2. quod jussu. etiamsi postea mandatum ignorante creditore revocaverit. ut hîc initium contractus spectetur. l. 12. h. tit. secus si sciente. d. l. 1. §. 2.
x d. l. 12. d. l. 7. §. non solùm 11. & rectè: potuit n. pater prohibere, & pro officio debuit. quod ni ita esset, non continuò velle aut consentire intelligeretur. ut multis juris argumẽtis probari potest. vid. l. 142. de R. I. l. 1. §. licet. 20. de exerc. act. junct. l. 13. §. 2. de his qui not. inf. l. 4. de nox. act. add. Don. ad l. 6. C. mand. n. 7.
y hult. C. h. tit. ubi Iust. per occasionem hujus rati habitionis constituit, ut in omnibus causis in universum rati habitio mandato compareretur. indeq; descripta est reg. jur. Can. C. ratihabitionem. de reg. jur. in 6. illud non refert, quomodo pater ratum habeat, verbis an facto aliquo atque adeo silentio. exempl. in l. 7. §. pen. l. 16. ff. eod.

obli-

obligationis coactus. Cujus rei complura extant z exempla. Unum notabile, quod ad hanc speciem pertinet, si filiusf. studiorum causâ absens pecuniam mutuam accepit. In hac causa placet cessare senatusconsultum: sed ita, si & creditor probabilem modum ex voluntate patris non excesserit, aut pecunia data sit ad necessarios sumtus, quos patris pietas non a recusaret; & simul pecunia versa sit in eos usus, in quos pater b impendi vellet.

Tertia causa à persona filiifa. ducta est. Hîc item exceptiones duæ; una est, si filius vice patrisfa. fungatur; ut miles, & quisquis peculium castrense aut quasi habet, de quo dictum est capite præcedenti: altera, si filius potestate liberatus debitum iterum c agnoverit. Id fit tribus modis, solvendo, accessiones adjiciendo, in eam rem se obligando. Solutione debitum agnosci, si quidem totum solvatur, nulla dubitatio est: quanquam & hîc aliâ ratione cessat repetitio, nempe quia d naturaliter debuit. Sed & si partem tantum solverit, nihilominus tamen dicimus cessare senatusconsultum, quia partem solvendo videtur totum debitum e agnovisse. Novas accessiones adjiciendo debitum f agnoscere intelligitur, qui in pecuniam mutuam fidejussores dat, aut pignus: sed usque ad g quantitatem pignoris duntaxat. Novâ in eam rem obligatione filius debitum agnoscit, si novationis causâ eandem pecuniam stipulanti promittat, aut etiam sine stipulatione pacto constituat h se soluturum. nisi in facto erraverit i, putans se ex alia causa debere, quam ex mutuo. Illud porrò non ignorandum, agnitionem filii sui juris facti facere quidem, ut cesset senatusconsultum, sed

z In l. 7. § 12. & 14. l. 17. ff. l. 2. C. eod. l. 7. & 2. seqq. de in rem vers. in quibus omnibus non consilium filiif. de vertenda in rem patris pecunia, sed eventum spectamus.

a Sic verba sunt. l. 5. C. h. tit. add. l. 7. § 13. ff eod. Gomes. 2. res. 6. n. 2.

b Arg. l. 7. § 7. l. 3. § sed si. 9. ff. de in rem. vers. & satis apertè significatur in d. l. 5. vers. sanè. C. h. tit.

c l. 2. C. eod. hac enim agnitione novũ mutuum contrahitur. l. 9. § ult. de reb. cred. l. 9. § 5. de acq. rer. dom.

d l. 9. § ult. & l. seq. ff. h. tit. quid si per errorem solverit? Adhuc idem dicendum. l. 14. in fin. de reb. cred.

e l. 7. § ult. ff. h. nempe quia pars intelligi non potest, nisi totius. f Eo. n. ipso testatur se ratam esse velle principalem obligationem. d. l. 9. pr. g d. loc. aliter atq; in partis debiti solutione. nam in pignore cum dubitari possit, utrum pro toto debito an pro parte dederit, in hac obscuritate, quod minimum est, sequimur. juxta l. 9. & l. 34. de R. I. Fidejussor a. ut in solidum tenetur, nisi in partem datus sit, ita & qui eum dedit, solidum agnovisse censendus est. h l. 2. C. h. arg. l. 1. pr. & § pen. de pec. const. i Quo tempore jam est sui juris d. l. ult. ff. h. t.

adver-

adversus se tantùm, patri & fidejussoribus non nocere: quamvis ratihabitio patris confirmet mutuum in omnes, adversus quos, ni senatusconsultum obstaret *l*, actio jure civili competeret. Ex his autem, quæ dicta sunt, apparet inutilem esse agnitionem, si filius ad huc in potestate constitutus debitum agnoverit. Quid ergò si resolverit? certum quidem est, eum repetere *m* non posse: pater autem, si nummi ex peculio profectitio aut adventitio soluti sunt, vindicare eos, si extant, aut consumtos malâ fide condicere non prohibetur: nisi pecunia hac conditione filio donata sit, ut creditori solveret *n*.

l Cur tã variè? nẽpe quia ut mutuum consistat adversus omnes ex SC. requiritur utrinsq; consensus & filii & patris, quod fit, cum, quod filius mutuum accepit, pater ratum habet. cum agnitione verò filii non statim concurrit consensus patris.

m *Quia naturalis obligatio manet. l. 9. §. ult. & l seq. ff. eod.*

n *Vid. l. 3. §. 2. d. l. 9. §. 1. eod. bonâ a. fide consumptorum nulla est condictio. l. 14. de reb. cred.*

CAP. XIII.

De intercessione fœminarum, seu de senatusconsulto Vellejano.

Fœminę quoque, uti filiifa. non semper ex persona sua † obligantur. Subventũ iis in intercessionibus *o* senatusconsulto Vellejano. Quod idcò senatus providit, ne fœminæ virilibus officiis *p* fungerentur, neu remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate suâ suscipiendo, *q* obstringerentur. Hujus senatusconsulti tractatio iisdem capitibus, quibus Macedonianum, continetur; prohibitione; auxilio; auxilii exceptionibus. Probibitio hæc est, ne fœminæ pro aliis *r* intercedant. Intercedere est veterem obligationẽ aut novam *s* recipere. Veterem recipiunt mulieres aut participando, aut eam in se transferendo. Partici-

† Excipitur moribus nostris nupta quæ ex contractu sine consensu mariti initio non obligatur: mercatrices tamen in negotiatione, cui præpositæ sunt, & se & maritos obligant. Cæterum in intercessionibus non idcircò minus beneficio SC. fruuntur. Neostad. obs. err. jud. 18.

o *Quod extat in l. 2. ff. ad. SC. Vellejan.*

p *Inter quæ numeratur etiam intercessio. l. 2. de R. I. quod officium hoc magis adimendum eis fuit, quia in eo non sola opera nudumq; ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris. l. 1. §. 1. ff. h. tit.*

q *Propter sexus imbecillitatem multis captiönibus expositi atque objecti. l. 2. §. 2. eod.*

r *Unde factum est, ut hoc SC. dicatur de intercessionibus fœminarum. l. 40. de cond. ind. l. 2. l. 9. & seq. C. h. tit.*

s *l. 8. §. 1. ff. l. fœminis. C. eod. quæ sequuntur, petita sunt ex. l. 4. l. 10. C. l. 2. §. ult. l. 8. §. pen. ff. eod. bellissime Cuiac. tract. 4. ad Afric. in l. 19. hic*

pan-

pando, ut si fidejubeant, vel constituant, aut mandent alii pecuniam dari, vel si res suas aut sibi obligatas supponant. Transferendo in se & veterem obligationem transfundendo, ut si expromittant pro alio, si alienum debitorē in judicio defendant: nam & hoc casu quasi novatio fit. Novam obligationem recipit mulier, si, cum alius obligari deberet, solam se ream constituat. In omni igitur intercessione duo concurrere debent; unum, ut mulier vel se vel res suas obliget: proinde si pro alio *t* solverit, aut quid liberandi debitoris causâ fecerit, cum ipsa prius obligata non esset aut pignus *u* remiserit debitori, senatusconsulto non est locus. Alterum est, ut pro *x* alio se obliget. nam si suam obligationem susceperit, quod fit, quoties res gesta est in ipsius *y* utilitatem, cessabit senatusconsultum.

Auxilium *z* senatusconsulti duplex: nam & mulieri opitulatur, & creditori. mulieri, ut si de intercessione constabit, nulla actio petitiove adversus mulierem detur: aut si hoc non *a* satis liquebit, exceptio, quâ probatâ, non teneatur. Sed interdum nec ipso jure tenetur, ut nec auxilium senatusconsulti desideret: quod novo jure receptum *b* duabus in causis: una est, si mulier privato tantùm instrumento interveniente fidejusserit: altera, si pro mutuo, quod marito datum est, se obligavit, quamvis post biennium repetita sit intercessio. Exceptio hæc & perpetua est, & post sententiam quoque objici *c* potest. Datur non mulieri, tantùm, sed & heredibus ejus & *d* fidejussoribus etiam iis, qui mandati actionem non habent, quales sunt, qui donandi animo *e* fidejusserunt. Hoc amplius

t Quia non intercedit, quæ solvendo se non obligat. senatus a. obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti. l. 4. ff. l. 4. C. eod. hoc adeò, quia mulier facilius induci potest, ut se obliget, ubi nullum præsens damnum videt, quam ut quid donet & dependat de suo, quod rarum est. & contra sexus avari naturā. l. 16 in fin. C. de don. ant. nupt. l. 33. §. 1. de don. int. vir. & ux.

u Quod utrūque superiori consequens. l. 5. l. 8. pr. & §. 5. ff. h. tit. l. 1. l. 9. C. eod.

x Non refert, pro quo, extraneo, ut persona conjuncta, patre. l. 8. filio. l. 3. C. eod. marito. ut passim.

y Exempl. in l. aliquando. 13. l. 15. 19. 22. 24. ff. l. 2. C. eod.

z Sive beneficium SC. adversus intercessionem, sic n. passim à veteribus appellatur.

a Vti & verba SC. Maced. interpretati sumus ex l. 9. de jure f.

b Quarum prior comprehensa est in l. 23. §. ult. altera in auth. si qua mulier. C. h. tit.

c l. 11. ff. de SC. Mac. cujus rei ratio obiter indicata est sup. in fin. C. 11.

d l. 14. C. l. 16. §. 1. ff. hic. eâque vis est in cohærentium exceptionum. l. 7. de excep.

e Contra est in SC. Maced. l. 9. §. 3. de SC. Mac. quippe cujus exceptio datur filii & patris causâ duntaxat. §. pen. Inst. quod cum eo. At Velleiani exceptio non mulieris solùm gratia comparata est, sed totum genus intercessionis à senatu improbatum, ut continens civile & virile officium. l. 16. §. 1. in fin. ff. h. tit.

& con-

& condictio mulieri competit, si ex causa intercessionis per errorem solverit *f*.

Alterum auxilium per occasionem senatusconsulti tribuitur creditori. Id tale est, ut actio vetus à *g* prætore restituatur creditori, si is eam propter intercessionem *h* amiserit. Si tamen mulier non ignorans se beneficio senatusconsulti munitam *i* solverit, aut pro vetere debitore *k* judicium accipere parata sit, aut creditori alia civilis & ordinaria actio *l* competat, restitutoria hæc denegabitur.

Exceptiones hujus SC. aut propter favorem causæ introductæ sunt, aut ob factum mulieris. Causæ *m* duæ; una manumissionis; altera dotis. Facta senatus auxilium excludentia sunt quatuor: si mulier mentita suum negotium esse creditorem *n* deceperit: si intercessionẽ nova cautione confirmarit post *o* biennium: si pro intercessione aliquid *p* acceperit: si beneficio senatusconsulti renunciaverit. quod receptũ est duabus tantùm in *q* causis, quarum alteram rei necessitas *r* expressit, in matre & avia tutelam liberorum suscipiente; alteram juris, si pro eo, pro quo intercessit mulier, parata sit judicium *t* accipere. Ac proinde hæc in exemplum trahi non oportet.

f l. 9. C. eod. l. 40. ff. de cond. ind. nec distinguimus inter ignorãtiam juris & facti: quia neutra fœminis nocet. l. 9. de jur. & fact. ign. si quæ dicit, mulierem saltem naturaliter obligari: in promptu responsio est, eam obligationem post SC. vim nullam jure civili habere. vid. c. 2. sup.

g l. 16. in fin. eod. idem significatur in l. 24. § ult. eod. unde etiam hæc actio utilis dicitur, in l. 8. § 8. & 13. eod. ratio restitutionis ex generali clausula edicti, ex quibus caus. major. petenda, quæ & redditur in l. 14. ff. h. tit.

h *Quod fit, cum mulier liberato principali debitore obligationem in se transfert, aut cum eo omisso solam se ream constituit. l. 1. in fin. l. 8. §. 7. & pen. eod.* i *Nullo nec facti errore nec juris. d. l. 2. §. si mulier. 10.* k *l. ult. §. ult. eod. si quidem hoc genere liberationis non minus liberatur debitor, quam solutione, l. 23. de solut.* l *Sicut accidit in specie d. l. 8. §. si convenerit. 8.* m *Comprehensæ in l. pen. & ult. C. eod.* n *Ductum ex sententia SC. quo infirmitati, non calliditati mulierum consulitur. l 2. §. 3. l 23. ff. l 5. C. eod.* o *Quod à Just. primum constitutum, hoc colore, quasi tum non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur, l. 22. C. eod.* p *l. 28. C. eod. ut redemptrix alienæ rei, malo more l. pen. & ult. C. mand. add. Duar. c. 2. hîc.* q *Quæ idcircò ad exemplum trahi non debent: nam quod vulgo placuit, mulierem ex quavis causa renunciantem SC. ex intercessione obligari, quamvis eo jure etiam nos utamur. vereor ut jure civili Rom. defendi possit, cum senatus totam intercessionem improbaverit, tanquam factum incivile. d. l. 16. in fin. vid. Gom. 2. res. 13. n. 17. & Duar. d. loc.* r *Recepta sc. tutela auth. matri & aviæ. C. quand. mul. tut.* t *Ejus liberandi causâ, l. ult. §. ult. ff. hîc. quod admissa solutione omninò consequens fuit, l. 23. de solut.*

CAP. XIV.

De vi & natura obligationis ex contractu. De emptione & venditione.

INventâ & constitutâ obligatione ex contractu, postulat rerum series, ut de vi ejus & effectu deinceps cognoscamus, qualis ea sit, quid contineat, quas præstationes, tum quam exigendi necessitatem adjunctam habeat. Id, quod ex contractu debetur, est duplex; quod ab initio in obligationem deducitur; tum quod posteà accedit, injungiturque coërcendæ plerumque moræ debitoris causâ. Prius illud positum est, tum in iis rebus, quæ natura & potestate judicii cujusque, quantumvis nec dictæ nec cautæ, contractibus insunt; tum in conventione, quæ extrinsecus pro arbitrio contrahentiû adjicitur. De natura igitur contractus primùm dicatur. Hanc qui nosse volet, ei species utriusque generis contractuum prius excutiendæ sunt, deinde ad obligationem & præstationes, quæ naturâ & potestate contractus insunt, descendendum. Quod & nos fecimus orsi ab iis contractibus, qui solo consensu perficiuntur, quorum singulas species primùm, deinde cæterorum contractuum, eo quo propositæ sunt, ordine exequitur.

Primus locus in serie distributionis contractuum emptionis & venditionis fuit. Emptio & venditio est contractus mutuæ præstationis, quo res traditur, pro pecunia, quæ vicissim datur, aut cû de iis præstandis a convenit. In hoc contractu singula tum facta, tum personæ contrahentium, tum res ipsæ in conventionê deductæ propriis nominibus distinctæ sunt. Factû ejus à quo res proficiscitur, dicitur venditio; ejus, à quo pecunia est, emptio; ille venditor, hic emptor. Res, quę traditur, dicitur merx; pecunia, quę pro re datur x,

a *Nec alius consensus, quam contrahentium, requiritur: nam jus retractus. Recht van nastinge, quo nûc utuntur, legibus Ro. apertè improbatum est, l. 14. C. h. tit. de cont. emp. Duar. c. 4. ead. descriptio sumta est ex l. 5. §. 1. de præst. verb.*

x *Quæ istis nominibus ita notata & distincta sunt à Paul. in l. 1 ff. h. tit. & l. 1. de rer. perm. Quid ergo est, quod dicitur in l. veteres. 19. & seq. veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse? nempe id non hoc significat, ut uterentur uno pro altero, sed uno ad utrumque intelligendum: propterea quod unum sine altero nec esse nec intelligi potest, quæ est natura relatorû Con. 7. com. 6. Don. ad l. un. C. si serv. ext. diss. post Cuiac. & Rob. Vulteius pr. Inst. h. tit.*

pre-

pretium. Sed age partes singulas definitione involutas distinctè evolvamus. Constat perficiturque emptio & venditio tum rebus certis; tum certo dandi tradendique fine. Res duæ; à venditore merx; ab emptore pretium. Primùm sine re, quæ veneat, nec emptio nec venditio intelligi *y* potest. Res hæc ut plurimùm certa est, nonnunquam tamen & incerta, ut cū fructus futuri aut *z* frumenta in herbis emuntur: cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cum captus pisciū aut avium emitur. Spei enim emptio est: ideoq́; etsi nihil inciderit *a*, valet. Æquè sine pretio, quod ab emptore datur, emptio non *b* consistit. In eo duo necessaria: primum, ut pretium consistat in pecunia numerata; alioqui si res pro re detur *c*, permutatio est: alterū, ut sit certum, vel jam ab initio expressâ quātitate, vel in personam aut rem *d* certam ita collatū, ut postea certum fiat, ut quanti ille emerit, quantū in arca habeo, quanti Titius æstimaverit. Quid autem si Titius multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quā valet? Adhuc dicendum est valere *e* contractum. Sanè si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, ad boni viri *f* arbitriū redigi debet. Quod si pretium collatum sit in arbitrium unius ex contrahentibus non idem probandum est; ne in potestate sit emptoris utrum debeat, an non debeat *g*.

Finis dandi tradendique hic, ut nummi venditoris fiant statim: res verò ita emptoris efficiatur, si venditor dominus fuit: si non fuit, tantùm evictionis no-

y l. 8. ff. eod. Cæterum re aliquâ verbis conventionis expressâ, etiamsi ea non sit in rerum natura aut commercio, dum pro extante aut privata ignorātē vēdatur, emtio contrahitur. l. 4. & seq. eod. videl. hactenus, ut venditor consequatur, quod suâ interfuit non decipi. l. 62. §. 1. eod.

z d. l. 8. pr. l. fistulas 78. §. ult. eod.

a d. l. 8. l. 12. de act. emp. nam & vice versâ si duaplo plus capiatur, quam pretium constitutum, emtoris id commodum erit.

b l. 2. §. 1. ff. h. tit. Inst. eod. in fin pr. Hinc licet donationis causâ res minoris vendi, præterquam conjugi à conjuge, possit: in universam tamen pretium condonari nequit, l. 36. & l. 38. eod. sed & si dicis causâ res uno nummo veneat, æquè nulla est emtio. arg. l. 46. loc. l. 16 de R. I.

c §. 2. Inst. l. 1. ff. eod. l 1. de rer. perm. cæterùm pretio ab initio in pecunia numerata constituto, volenti deinde emtori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato. l. 9. C. de resc. vend. quippe circa formam & distinctionem contractuum initium non exitum spectamus. l. 1. §. idem: 13. depos. Schneid. in d. §. 2.

d §. 1. Inst. l. 7. §. pen. l. 37. ff. l. ult. C. eod. non idem est, si generaliter permissum sit arbitrio alieno. non tum æquè incertum manet. l. 25. loc.

e d. l. ult. quod & de mercede alieno arbitrio permissa scriptum est in d. l. 25.

f Arg. l. 79. pro soc. plura de hoc arbitrio qui desiderat, adeas Don. ad l. 43. de V. O.

g l. 35. §. 1. ff l. 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc. Pin. part. 2. de resc. vend. c. 1. n. 6. Gom. 2. res. 2. c. 2. n. 19.

mine *h* obligetur. His rebus intervenientibus jam ſolus conſenſus obligationem perficit, quamvis nec res tradita ſit, nec pretium numeratum, nec arrha intervenerit: nam quod arrhæ nomine datur *i*, argumentum tantùm eſt emptionis & venditiois contractæ. niſi tamen ſcripto fieri emptionem placuerit: tunc enim non niſi perfecto ritè inſtrumēto rata habetur, præterquam ad hoc, ut emtor conſilium mutans arrhas datas amittat, venditor duplicatas reſtituat *k*.

h l. 11. §. 2. de act. emp. hinc ergo ſunt duæ conventiones contrariæ. una eſt, ſi id agatur, ne dominium transeat. l. pen. §. ult. h. tit. nec obſtat quod emtio rei alienæ cōſiſtit, l. 28. eod. ſpes n. eſt eam acquiri poſſe: at iſtâ ſpe prorſus ademptâ emtio intelligi non poteſt. Altera eſt, ſi tibi dedi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id eſt, meum faceres. Hîc nulla alia obligatio contrahitur, quam ob rem dati. l. ult de cond. cau. dat. add. Cuiac. 23. obſ. 23.

i l. 1. in fin. l. 35. ff. pr. Inſt. de eod. illud tamen certum eſt, quod arrharum nomine in pecunia numerata datur, ſi poſtea impleatur contractus, in pretium imputari. l. ult. de leg. com. Cuiac. 11. obſ. 17.

k d. pr. Inſt. l. contractus. 17. C. de fid. inſtr. Quæſitum, an idem probandum in emtione contracta ſine ſcriptura? & certa eſt juris ſententia. Ab obligatione ſemel contracta invito adverſario recedere non licere. l. 5. C. de O. & A. hanc ſententiam non modò non mutat arrharum interventus, ſed etiam magis confirmat. d. l. 35. Quid quod ab emtione ſemel perfecta venditori recedere non licet, quāvis duplum pretiū offerat. l. 6. C. de reſ. vend. non movit utrinſq; emtionis in hac re comparatio in d. pr. ca n. ut bona ſit, neceſſe eſt, de utroq; contractu nondū perfecto accipiatur. VVeſenb. in par. n. 9. pleniùs Don. ad d. l. 17. in contrariā tamen ſententiā crebriùs itum eſt: quam etiam probat ſach. 2. cont. 28.

CAP. XV.

Quæ ſint præſtationes in emptione & venditione pro natura & poteſtate ejus judicii.

HAbemus ſpeciem contractus. Obligationem, & in hac quæ ſint præſtationes pro natura & poteſtate hujus judicii videamus. Conſtat in hoc contractu duos obligari, venditorem emptori, & emptorem venditori. Eorum, quæ à venditore pro natura obligationis præſtantur, tria ſunt genera; quædam enim ſunt in ipſa re; quædam in commodis rei; quædam in ſtipulationibus à venditore exigendis ad ſecuritatem emptoris. In primo genere ſunt hæ præſtationes quatuor; ut rem tradat; ut traditam emptori habere liceat; ut habeat incorruptam & ab omni onere liberam; ut quidquid venditor de re dixerit, etiamſi pactus non ſit, id præſtet. Primum hujus obligationis caput eſt, ut venditor rem *l* tradat.

l l. 11. §. 2. de act. emt. ſi recuſet tradere, licebit emtori agere in id, quod intereſt. d. l. 11. §. idem ait. 9. quid a. ſi rem habere emtor malit, tenebiturnè venditor, ut eam præciſè præſtet? dicā conſ. c. 45.

Tra-

Tradere non est simpliciter de manu in manum tradere, seu deducere emptorem in nudam rei detentionem, sed tradere rei possessionem vacuam, id est, liberam ab *m* omnibus aliis possessoribus & detentoribus justis. Quod si res antè, quam tradatur, sine dolo aut culpa venditoris perierit aut deterior facta sit, emptoris periculum esse placet.

Secundum est, ut ita tradat, ut eam retinere & habere emptor perpetuò possit, ne scilicet *n* evincatur aut à domino, aut jure pignoris à creditore. Evincere, est rem jure judicioque auferre. Ut ergo emptor regressum habeat adversus venditorem ob evictionem, tribus in causis est positum. Primùm, ut res sit ablata emptori, præcisâ spe omni ejus habendæ retinendævè: quamdiu autem ablata non erit, cessat ob evictionem *o* actio. Secundò, ut sit ablata judicio: proinde si quocunque alio modo eam emptor amiserit, venditor non *p* tenebitur. Tertiò, ut res evincatur jure actoris, vel quia ab initio aliena fuit, vel quia alii pignori *q* obligata. Sed & si res judicio evicta erit, tamen evictio venditori non nocebit, si aut culpa emptoris, aut injuria judicis dolo aut imperitiâ malè judicantis causam evictioni *r* præbuerit. Culpa emptoris triplex; si lite motâ auctorem suum *s* laudare neglexerit; si absente auctore ipse ad *t* agendum causam non adfuerit; si exceptione ex facto suo sit *u* remotus. His sublatis, si res aut tota aut pro parte evicta sit, datur emptori actio ex empto ob evictionem in id, quod ejus *x* interest: nisi fortè

m l. 2. l. 3. §. 1. de act. emt. quod explicabitur paulò inferius, & quod sequitur.

n Indicatur hoc caput præstationis in l. 66. de cont. emp. l. 8. evict. l. 11. §. 2 de act. emt. & tradendi verbo quoque continetur. d. l. 3. pr. quippe quod non nudum factum. sed causam bonorum continet. l. 52. §. 1. de V. O.

o l. 35. & l. 75. de evict. l. antep. eod. utique si quis sciens alienũ vendidit, tenebitur judicio emti ob dolum. l. 6. in fin d. l. 11. §. denique. 15. de act. emp.

p l. 24. de evict. junct. l. 11. l. 25. l. ult. ff. l. 17. C. eod.

q l. 15. C. l. Herẽnius, 63. §. 1. ff. de tit.

r Nam quod de permutatione dicitur in l. 1. C. de rer. perm. ad emtionem vel magis pertinet, add. l. si per 51. de evict. adjiciunt & tertium. publicationem fundi. sed fundo publicato hactenus saltem tenetur venditor, ut pretium restituat, l. 33. locat.

s Id est. venditorem interpellare eiq; denunciare, ut ad agendum adsit. Laudare n. significat priscâ linguâ nominare appellareq;. Gell. 2. c. 6. Fest. in voce (laudare.)

t Et tam propriis, quam venditoris defensionibus utatur. l. emptore. 28. C. de evict. alioqui magis propter absentiam victus videbitur, quam quod malam causam habuit. l. si ideo, 55. ff. l. 8. C. eod.

u l. hoc jure. 27. ff. eod. siquidem factum cuique suum, non adversario nocere debet. l. 155. de R. I.

x l. evictâ re. 70. de evict. quid eo contineatur, intelligi poterit ex l. 8. eod. & l. 1. de act. emt.

id *y* actum est, ne venditor de evictione teneretur, aut si emptor rem alienam esse non *z* ignorans de evictione sibi non caverit. Sanè quidem, si apertè in emptione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstitum iri, utilitas non debebitur re evictâ, sed tamen pretium restituendum est emptori: neque enim bonæ fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amittat, & pretium venditor retineat †.

Tertium caput præstationum hujus generis est, ut res tradatur incorrupta, atque ab omni onere & incommodo libera, quoad ejus ex bona fide fieri oportet. Hujus generis incommoda sunt quatuor, morbi; vitia; servitutes; tributa. Non una autem horum omnium obligatio est. De morbis & vitiis rerum cavetur edicto Ædilium, ut venditor, nisi quæ *a* justæ causæ dissuadeant, eorum nomine etiam ignorans teneatur *b* tribus his actionibus; ad redhibendum; quanto minoris; interdum & quanti emptoris interest. Redhibere, est facere, ut *c* rursus habeat venditor, quod habuerit. Actionis redhibitoriæ duæ sunt partes: prior attingit emptorem, à quo ex igitur primò, ut rem venditam, quam accepit, nec sua nec suorum culpâ deteriorem factam, redhibeat; si quid ex ea post venditionem natum, adquisitum fuerit, sive quid in vēditione accesserit, ea omnia *d* restituat. Altera pars posita in præstatione venditoris hanc obligationē habet, ut venditor superioribus rebus receptis aut oblatis, restituat emptori pretium, & eum liberet; item ea omnia, quæ ex lege venditionis emptor additamenti causâ præstitit *e* venditori. Illud in universum sciendum est actioni redhibitoriæ locum non

y Aut apertè aut tacitè. exemp. in l. 11. §. sententiam, 16. d. tit. l. 8. in fin. de cont. emt.

z l. si fundū. 27. C. de evict. nam qui id facit, non à venditore decipitur, sed à se.

† d. l. 11. §. ult. Hoc amplius. si quis sciens rem alienā vendat, nihil ei proderit hac cōventio. l. 1. in fin. l. 6. § ult. ff de act. emt.

a Puta si vēditor emtorē palam monuerit, aut si vitium sit evidens. l. 1. §. 1. & §. 6. de edil. edict, aut si venditor vitiū ignorans nominatim caverit, ne eo nomine teneretur. l. 14. §. pen. eod. Fiscus quoq; edictum ædiliū non patitur, d. l. 1. §. 3. nec simplariarū venditionum causâ redhibitio est. l. si hominem. 48. § ult. eod.

b Aut certè unâ actione ex emto trium harum rerum gratiâ.

c Et redhibitio appellata est quasi redditio. l. 21. eod.

d d. l. 1. §. 1. d. l. 21. §. pen. l. 23. § ult. eod. adde & cautiones, de rebus restituendis, se nihil dolo malo fecisse. & de his, quæ nondum pervenerunt, se si postea ad eum pervenerint, restituturum. d. l. 21. §. 1. & deinceps. l. 30. eod.

e l. ædiles. §. pen. & ult. l. redhibitoria, 45. eod. quo loco quod dicitur, actionem redhibitoriam duplicem habere condemnationem, sic accipiendum est, habere aliquando, condemnationem duarum rerum nomine, unam de pretio & accessione, alteram de non præstita liberatione.

esse,

esse, nisi tale sit vitium, quod usum rei *f* impediat: & quamvis rei persecutionem contineat, tamen ultra sex *g* menses, quibus de ea re experiundi potestas fuit, non dari. Actio quanto minoris competit intra annum *h* utilem non ad hoc, ut emptio rescindatur, sed ut quanto minoris propter vitium res fuit, cum emeretur, tantum restituatur emptori. Neutra igitur harum actionum pretium rei aut æstimationem egreditur. Si tamen venditor sciens vitium reticuit & emptorem decepit, ex hac causa placet eum omnia detrimenta quæ emptor ex emptione traxerit *i*, præstare. Idem est, si ignoravit quidem venditor vitium, sed rem sanam esse *k* temerè adseravit. De vitiis animi redhibitoria aut quanto minoris non *l* datur, præterquam de iis, quæ edicto ædilitio nominatim comprehensa sunt. De servitutibus & tributis. quia hæc onera usum rei non impediunt, hoc observatur, ut si venditor ea ignoravit, eo nomine non *m* teneatur: si scivit, nec emptorem admonuit, teneatur *n* ex empto, quanto minoris. Quartum caput est, ut quæcunque venditor de re dixerit *o* affirmaverit, ea *p* præstet, excepto si quid dixerit in *q* genere commendandi gratiâ duntaxat, aut si id, quod dixit, palam appareat, utrum ita se habeat nec ne *r*.

Secundum genus præstationis est in commodis rei venditæ. Emptione *s* perfecta (quod fit, simulatq; de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, &

f Vt d. l. 1. §. pen. & ult. de ædil. edict. *g* l. sciendum. 19. § ult. l. ædiles aiunt. 38. eod. *h* d. l. 19. §. ult. d. l. 38. eod. judicium hoc æstimatorium dictum est, propterea quod in eo de justa rei æstimatione agitur, l. 18. eod. *i* l. 13 pr. l. 6. §. ult. in de act. emt. l. ea quæ. 43. §. ult de cont. empt. *k* d. l. 13. §. 3. d. l. 43. pr. sin ignorans vitium nihil affirmarit, adhuc quidem tenebitur superioribus actionibus, in id autē, quod interest, non tenebitur, dd. loc. atqui quì rem alienam ignorās vendidit, semper tenetur in id, quod interest. l. 8. de evict. nimirum id semper agitur venditione, ut rem habere liceat. *l* Adversus ignorantes d. l. 1. §. pen. & ult. l. 4. § 3. & seq. de æd. ed. *m* l. sterilis, 21. §. 1 de act. empt. rectè igitur factuerus est emtor. si de his in re gerenda sibi caveat. *n* Non etiam ad redhibendum, l. 1. §. 1. d. l. 21. §. 1. l. quæro, 39. l. in venditione. 41. de act. emt. & cum hac distinctione accipienda est l. quoties, 61. de æd. ed. *o* Sive sciens sive ignorans, l. 6. pr. l. 13. §. 3. de act. emt. *p* Teneturq; eo nomine triplici actione, redhibitoriâ, æstimatoriâ, l. 18. de æd. ed. item in id. quod interest, d. l. 13. §. 3. *q* Puta servum esse frugi, equum bonum, l. 19. de æd. ed. *r* Quippe ædilibus hoc unum propositum fuit, ne emtores deciperentur. exempl. in l. ea quæ. 43. de cont. emp. *s* Tribus modis emtio dicitur perfecta: uno, ratione obligationis; ut hîc: altero, traditione secutâ: tertio, quoad periculū. Sic emtio earū rerum, quæ pondere, numero, mensurâ constant, si in singulas amphoras, modios &c. pretiū sit statutū, statim quidē perfecta dicitur emtio, quo ad obligationē: sed non ante periculum emtoris est, quam admensa, adpensa, adnumerata sunt, l. 35. §. 5. de cont. emt.

purè emptio contracta est) placuit omne periculum rei venditæ statim *t* ad emptorem pertinere, & propter periculum etiam omne commodum, secundum regulam juris. In commodis duo sunt, quæ venditor emptori præstare debet; diligentiam in re custodienda talem, qualem bonus *u* paterfa. suis rebus adhibet; item fructuum & accessionum, quæ ad eum pervenerunt aut pervenire potuerunt restitutionem *x*.

Tertium genus harum præstationum positum est in stipulationibus & *y* cautionibus à venditore exigendis. Cautiones hujus generis tres; prima, qua cavetur emtori, ut ei rem habere *z* liceat: altera stipulatio & repromissio duplæ, ut si res evincatur †, duplam quantitatem pretii restituat. Sed hæc cautio in *a* simplariis venditionibus non habet locum. Tertia est, quâ promittit venditor rē morbosam aut vitiosam non esse: quâ interpositâ, si res morbosa aut vitiosa fuit, incipit venditor etiam *b* ignorans teneri in id, quod interest emptoris. Atq; harū omnium rerum nomine, si sponte à venditore non præstentur, constituta est emptori actio, quæ à persona ejus, appellatur ex empto.

Quæ emptor venditori judicio empti vice mutuâ præstare debet, tria sunt, quorum nomine & venditori actio prodita, quæ vocatur ex vendito. Primum est pretium. Hujus obligationis præstatio talis est, ut emptor nummos, quos pretii nomine pro re vendita præstat, cogatur facere *c* accipientis. At enim diximus eum, qui vendidit, necesse non habere rem venditam emptoris facere. Cur tam variè in mutuis ejusdem ju-

t Hoc etsi apertè traditū est in §. 3. Inst. de emt. & certissimis regulis juris efficitur. l. 5. §. 2. comm. l. 23. de R. I. l. 6. C. de pign. act. tamen Cujacium in contrarium traxit l. 33. locat. ad quam nos respondemus, æquum esse, ut fundo ante traditionem publicato, saltem pretium venditor restituat, quia non omnino extra culpam est. vid. tamen Ant. fab. 2. conj. 4.

u l. 2. §. 1. l. 3. l. 11. & 2. seqq. de per. & com. rei vend. d. l. 5. §. 2. d. l. 23.

x l. 7. ff. l. 1. C. de per. & com. l. 8. ff. de ædil. ed. l. 23. §. si fructibus. 10. & passim. de act. emp.

y Quo verbo nuda repromissio intelligitur. l. 4. l. 37. de evict. l. 11. §. 8. de act. emt. l. 3. C. de verb. sing. satisdatio tamen exigitur, si dominii quæstione motâ, venditor pretium petat. l. ult. §. 1. de per. & com. etiam ex consuetudine hujus regionis plerisq; in locis non nisi satisdato de evictione caveri solet.

z d. l. 11. d. §. 8. de act. emt. l. 2. de evict.

† l. 2. l. 37 de evict. quæ ad pretium conventum refertur, non ad id, quanti res verè est. l. si fundo. 58. eod. sequimur a. consuetudinem ejus regionis, in qua negotium gestum est. l. 6. eod. apud nos repromissio duplæ non est in usu.

a Simplariæ res dictæ sunt ab antiquis, quæ nullius propè pretii essent, quarum evictarum nomine nunquam nisi simpla deberetur. d. l. 37. pr. & § 1.

b l. itaque. 32 de ædil. ed. l. 11. §. 4. l. 13. pr. & §. de act. emt.

c Hoc non disertè traditur. in d. l. 11. §. 2.

dicii

dicii præstationibus? nimirum ne usus hujus contractus impediretur: nam etsi venditor non præcisè obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantundem tamen consequitur emptor traditâ rei vacuâ possessione, & evictione re evictâ præstitâ. At pretii, quod in pecunia numerata consistit, nullus est usus, nisi *d* accipientis fiat. Adde quod pretium non in specie, sed in genere constituitur: constat autem generis debitores omnes non liberari, nisi rem ex eo genere perfecte faciant *e* accipientis. Quod & in *f* venditore crediderim admittendum. Secundò restituere emptorem oportet ea omnia, quæ occasione venditionis ad eum *g* pervenerunt; ut servo vendito, peculium; fructus, quos ante venditionē contractam perceptos simul cum re sibi sumsit. Postremum est, ut emptor restituat sumptus, quos *h* ante traditionem venditor *i* bonâ fide in rem distractam erogavit.

d Hāc discriminis rationē reddit. VVes. in par. de act. emt. n. 7. aliā Ant. fab. 6. conj. 9. aliam DD. communiter.
e l. 45. §. 1. de leg. 1. l. 29. §. ult. de leg 3. l. heres servum. 58. de evict.
f Videl. si in genere vēdidit decem puta boves aut equos.
g Cum jure emtionis ad eum non pertinerent. l. quoties. 29. & 2. seqq. de cont. emt. l. 2. C. de emt.
h Post contractam tamen venditionem. l. pen. C. de act. emt. l. 13. §. preterea. 22. ff. eod.
i Igitur necessarios tantum & utiles, seu quos verisimile est etiam emtorem voluisse impendi. d. §. 22.

CAP. XVI.

De locatione & conductione.

EMtioni & venditioni proxima est locatio & conductio. Est enim & ipsa contractus mutuæ præstationis, cum pro usui rei aut opera nostra pecunia datur, aut cum de iis mutuò præstandi *k* convenit. Locatio igitur aut rerum est, aut factorum. Res omnes, quibus utimur, locationem recipiunt. In quo genere hæc factorum rerumque certa & constans distinctio est. Qui rem utendam dat certâ pecuniâ constitutâ, is locator ejusque factum locatio; qui utendam accipit, *l* conducere dicitur: unde conductor generale quidem nomen in omnibus rebus: at in rebus immobilibus ædium conductor specialiter inquilinus, fundi *l* colonus appellatur. Pecunia, quæ datur, generaliter merces;

k l. 5. §. 2. de præscr. verb. l. 2. ff. locat. Inst. de loc. & cond. in pr.
l l. 15. §. 2. l. 19. §. 2. & 4. l. si merces. 25. §. 3. ff. eod. l. se pignoris. 37. de acq. poss.

in rebus immobilibus specialiter *m* pensio dicta est. Facta non *n* omnia in ea causa sunt, ut locari possint. De his ita statuendum; Quod factum quis nostro nomine exercet in re aut *o* persona nostra, id tale est, ut locari possit: & si certâ mercede ab initio constitutâ exercebitur, omninò locatio erit conductio. Sin autẽ exercebitur in re aliena, aut *p* emptio erit, aut contractus innominati genus. In hoc autem genere locationis nomina factorum & personarum variè mutantur, prout quisque aut nostrâ aut suâ impensâ faciendum quid suscepit: priore enim casu, qui operam præstat, locare; nos, qui pecuniam damus, eam operam *q* conducere dicimur: posteriore autem casu invertitur factorum & rerum appellatio: siquidem ille, qui mercedem accipit, dicitur opus faciendum conducere, uno verbo † redimere; nos, à quibus merces proficiscitur, locare illi opus *r* faciendum.

Cæterùm cujusmodicunque locatio sit, ex iis, quæ dicta sunt, satis liquet, ad perficiendã locationem tria desiderari; rem opusvè certum; certam mercedem; consensum de his mutuò præstandis. Quę omnia iisdẽ ferè regulis juris, quibus emptio & venditio *s* continentur. Nam ut sine re nulla est emptio, ita nec ulla *t* locatio & conductio. Per rem intelligimus tum usum rei tum operæ præstationem. In mercede itidem illa duo, quæ in pretio, spectanda; ut consistat in pecunia *u*

m d.l.15.§.4.d.l.19.§.1.& 6.l.quero.54.h.tit.Inst.in pr.eod.

n Id indicat Paul.in d.l.5.§.2.in verbis (si tale sit factum, quod locari solet.)

o In re nostra, veluti si convenerit: ut tabulam meam pingas, in area mea insulam ædifices, ex auro meo annulũ cõficias.l.20.l.convenit.65.de cõt.emt.l.2.in fin.ff.§.4.Inst.h.tit. In persona nostra, veluti si dem nautæ aut aurigæ, ut me vehat.d.l.19.§.7.

p Emtio, quoties substantia rei tradita proficiscitur ab eo, qui eam tradit.d.l.20.& d.l.convenit.65. contractus innominati genus, veluti si tibi dem pecuniam, ut Stichum manumittas, aut ut Romam eas.d.l.5.§.2.de præs.verb.l.5.pr.de cond.ca.dat.

q Cum præter operam nihil admodum confertur.d.l.19.§.pen.h.tit.

† Propterea quod suo sumtu opus faciendum suscipit.l.eâ lege.51.§.ult.l.cum.60.§.3.eod.

r d.l.19.§.7.l.25.§.eod.l.1.§.1.de præs.verb.

s l.2.ff.hoc tit.quibus a.in rebus discrepent, notat Vult.ad pr.Inst.eod.& Mozz.c.de loc.

t Atq; ut emptio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic locatio, si merces constituta sit.l.2.eod.mercede ab initio non constitutâ, actio præscriptis verbis datur.§.1.Inst.eod.donationis quoq; causâ non magis locatio, quam emptio contrahi potest.l.20.§.1.l.si quis.46.ff.eod.

u l.5.§.2.de præsc.verb.l.25.§.6.h.tit. voluerunt nimirum I.C. locationem habere certam & distinctam à contractibus innom. naturam. receptum tamen ex æquitate & communi contrahentium usu in locatione rei fructum ferentis, ut certa quantitas fructuum pro mercede solvi possit.l.21.C.eod.ac tales coloni haud absimiles sunt colonis partiariis, excepto eo, quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt. ita novissimè hæc explicat Bachov.in not.ad Treutl.disp.de locat.thes.3.

nu-

numerata; ut certa ab initio constituatur, aut si alieno arbitrio permissa fuerit, eadem *x* distinctio servetur, quæ in pretio in arbitrium alterius collato. Sed & dandi accipiendique finis pœnè idem, nempe ut ab una parte præstetur usus rei vel operæ, ab altera detur pecunia. Unum maximè dissimile, quod res vendita tradatur emptori, ut perpetuò apud eum sit, locata ad tempus tantùm. neq; enim solet locatio dominium *y* mutare. Postremò sicut emptio, ita quoque locatio *z* solo utriusque consensu de re & mercede intervenien-te perficitur.

x §.1. Inst. l. merces. 25. pr. ff. eod. vid. cap. 14. sup. y l. non solet. 39. eod. DD. tamen vulgò existimant, locationem ad tempus non modicum factam transferre jus aliquod in rem sive utile dominium. quod verum non esse ostendit Connan. 7. comm. 12. per l. 2. C. de præs. 30. ann. & verò initium uniuscujusque contractus & causa spectanda est. l. 8. mand. VVes. in par. h. n. 8. z l. 1. & 4. ff. Inst. in pr. eod. apud nos nulli colono jus est agro conducto frui absq; instrumento locationis. extat ea de re constitutio Caroli principis, edita anno 1515.

CAP. XVII.

Quæ sint locati & conducti præstationes jure & potestate judicii, tum quæ eo nomine actiones.

UT in emptione & venditione, sic in locatione & conductione vi & potestate judicii insunt quędã mutuæ præstationes, quarum nomine utrinque competit, actio, locatori ex locato conductori ex conducto. A locatore duo summa præstanda; unum, ut conductori uti frui liceat; alterum, ut indemnis ei sit locatio. Prioris capitis tres sunt præstationes. Prima est possessionis sive *a* detentionis rei locatæ: altera est usus, ad quem res *b* parata est: proinde si possessio aut totius rei aut partis non *c* præstetur, aut villa ædesvè non *d* reficiantur ad usum legitimum conductori conservandum, actio ei ex conducto competit. Tertiò & fructus omnis, non solùm, qui ex re *e* nascitur, sed & qui *f* jure percipitur, conductori præstandus. Usque

a Possessionis nimirum naturalis, non veræ, quæ personæ conductoris nõ convenit. d. l. 15. pr. junct. l. 31. §. 1. in fin. de usuc. b Vt ædes ad inhabitandũ, saltus pascui, ad pascendũ. c Sive culpâ locatoris, sive vi aliquâ externâ. l. 9. pr. l. 33. l. 35. eod. planè si locator paratus sit aliam habitationem non minùs commodam præstare, æquissimum est eum absolvi d. l. 9. pr. l. cum in plures. 60. eod. d d. l. 15. d. l. 60. add. tamẽ l. 27. & seq. eod. ostia. fenestræ non restituantur. l. 25. §. 2. instrumenta fundi non præstentur. l. 19. §. 2. eod. e l. exceptio. 11. C. eod. f Vt mercedes locationis secundæ. neq; enim prohibetur quisquã rem, quã conduxit, alii fruendã locare, si nihil aliud convenit. l. 6. C. l. 7. & seq. ff. eod.

adeò

adeò autem placuit fructus conductori præstandos, ut si fructus vi majore supra modum læsi fuerint, aut si tam sterilis annus fuerit, ut nullos fructus supra quantitatem seminis percipere conductor potuerit, præstanda ei sit mercedis *g* remissio, nisi damnum sterilitatis cum aliorum annorum ubertate pensare valeat. Si hæc conductori non præstentur, si quidem culpa locatoris, tenetur eo nomine ex conducto in id omne, quod conductoris *h* interest, uti frui licere: sin casu, & vi externâ, ad exonerationem mercedis aut prærogatæ *i* restitutionem tantùm, præterquam si res *k* evicta sit. Præter hanc actionem, quæ est in personam adversus locatorem ejusvè heredem nulla *l* alia de re retinenda persequendavè conductori prodita.

Alterum caput pertinet ad indemnitatē conductoris. Hæc obligatio in quinque his rebus versatur. Primò in præstatione damni à † re conducta contingentis, si modò ex ea caûsa contigerit, propter quam conductori re conductâ frui non licuit, ut si vinum effusum sit ex dolio vitioso, pecora demortua ob herbam malam *m* saltus pascui. Secundò, ut locator cedat conductori *n* actiones ad rem locatam sine facto ejus deperditam aut fructus furto sublatos recuperandum. Tertiò ut mercedem prærogatam *o* restituat, ubi frui conductori non licebit. Quartò, ut finitâ locatione li-

g d.l.15.§.2. & 7. junct. d. l.25.§. vis major. ff. l.8. C. eod. hoc tamen ad colonos partiarios non pertinet, qui quasi societatis jure damnum & lucrum cum domino partiuntur. d.§. vis major.
h l.8. d.l.15. §. pen. in quo & damni quod contigit, & lucri, quod conductor facere potuit, ratio habetur, sicut in cæteris causis. l.33. in fin. eod. damni exempla in l.9.§.1. d.l.19.§.1. lucri in d.l.7. & seq. l.30. eod. hac tamē

ita, nisi iustæ causæ sint, ob quas liceat conductori rem avocare, quo casu ad remißionem mercedis tenetur duntaxat. l.3. C. l.54.§.1. ff. eod. i *Si quidem iniquum esset pro usu mercedem dare, ubi usus non præstatur. d.l.9.§.1. d.l.15.§. antep. d.l.33.* k *Tum n. nihilominùs tenetur ex conducto ei, qui conduxit, ut ei præstetur frui, quod conduxit, licere. d.l.9. pr. quo significatur, si id non præstetur, agi in quod interest, excipe casum notatum lit. C.* l *Non vindicatio, quia non est dominus. l.39. eod. non interdictum unde vi, quia solus dominus videtur dejici. l.12. l.18. l.ult. ff. unde vi. non retentio adversus locatorem, qui eum expellat: sed est expulso actio in id, quod interest aut ad pœnam. l.54.§.1. h.tit. sed nec adversus emtorem, qui rem constante locatione emit, nisi eâ lege emit, ut in conductione maneret. l.9. C. eod. quod si nihilominus ejiciatur, aget ex conducto adversus locatorem, locator vicißim, actione ex vendito recipiet, quod conductori præstitit. l.25.§.1. ff. eod. cæterùm consuetudine hujus provinciæ jus illud expellendi conductorem, de quo in d.l.54.§.1. & d.l.9. C. h.tit. antiquatum est. & dici solet,* Huer gaet voor koop. † *Non item extrinsecus, licet in re. exemp. in l.55. l.60. §.1. eod.* m *Quæ damna præstanda secundum distinctionem. l.19.§.1. eod.* n *Vindicationem sc. & condictionem furtivam. d.l.60.§.2. & 5.* o *d.l.19.§. si quis. 6. l.33. eod.*

bera sit & indemnis rerum p illatarum elatio. Postremò, ut quidquid q utiliter in rem locatam impensum est, id hoc judicio restituatnr conductori.

Hęc de locatore. Conductori quatuor imponuntur. Primum est exacta in re custodienda diligentia: quam si præstiterit & aliquo r casu fortuito res perierit, securus est. Alterum est rei rectè habendę cura, ut opera rustica suo quoque tempore s faciat, villas incorruptas habeat. Tertium est, ut pensiones suo quâsq; tempore t solvat. Quod si curam culturamvè rei neglexerit, aut pensionum solutionem omiserit, expelli domo aut fundo à locatore impunè potest. Quid si conductor habitationem aut fundum antè tempus deseruit? nihilominùs statim cum eo agi potest, idque in omnes ejus temporis pensiones, quo conduxit. Quartum est, ut conductor, finitâ locatione, rem una cum accessionibus u restituat locatori. Quid igitur si res perierit aut deterior facta sit dolo aut culpâ conductoris, aut casu quodam, cui culpa ejus causam dedit? tenebitur nihilominus non secus, ac si res x extaret: ob dolum aut contumaciam non restituentis etiam jurabitur in litem y.

Eadem ferè sunt in locatione operarum. Qui operas locat, eas tanquam rem fruendam præstare debet. Non præstitis vertitur id z, quod interest. Vicissim, qui operam conduxit, mercedem debet, si opera præstita est. Sed etsi pręstita nō est, modò per conductorem steterit, quominùs præstaretur, placet nihilominus integram mercedem præstari. Diversum est, si id casu aut culpâ locatoris a factum est. Eadē propè per omnia observantur, cum aliquid faciendum locatur, puta vehendum aurigæ, aurifici, sartori faciendum

p Etiam ædibus cohærentium. d. l. 19. §. si inquilinus. 4. & seq.

q Multoq; magis, si necessariò exemp. in l. domus, 55. §. 1. l. pen. pr. eod.

r §. pen. Inst. l. in judicio. 28. C. l. 25. §. 4. 5. 7. ff. ead. l. 23. de R. I. an incendium & quando à conductore præstetur, vid. Gail. 2. obs. 22. Clar. in pract. crim. quæst. 68.

s d. l. 25. §. 3. eod. ut in domo locata rectè versetur, ex honesta nō faciat caupo-nam. l. 3. C. eod. ni ita se gerat, expelli impunè potest. l. 54. §. 1. eod.

t Ob non solutas eadem pœna. d. loc. nisi merces remittenda sit, aut conductor casu prohibitus frui, quo fit, ut pro rata tantum temporis, quo fruitus est, teneatur. l. 9. §. 1. l. 15. §. 7. eod. quod si sine justa causa rem deseruerit, placet eum teneri ad mercedem totius temporis. l. domus. 55. §. ult. eod.

u §. pen. Inst. l. si cui. 48. ff. eod.

x l. 28. C. l. 13. §. 7. 8. l. 30. §. 1. & 2. eod.

y d. l. si cui. 48. §. 1. l. 2. §. 1. l. 5. §. 3. de in lit. jur. ob culpam, quanti res est, seu quanti agentis interest, fit condemnatio. d. l. 2. §. 1.

z Quæ lex communis est omnium obligationum faciendi. l. 13. in fin. de re jud.

a Vid. l. 15. §. pen. junct. l. 19. §. pen. junct. l. 19. §. pen. hoc tit. l. qui operas. pr. eod.

aut

aut ſarciendum, aut etiam opus aliquod, puta inſulam ædificandam. De rebus illis commiſſis eadem obligatio, ac ſi eas *b* conduxiſſent, ut eadem cura ſervandæ recteque habendæ rei adhibeatur, eaſdemque, quas acceperunt, reſtituant. Si tamen res ita data ſit, ut non eadem ſpecies, ſed res ejuſdem generis reſtituatur, veluti ſi aurum artifici dedero, ut annulum mihi faciat, ex hac cauſa & periculum rei ſuſcipitur, quocunque caſu perierit, quaſi in creditum itum *c* ſit. De periculo operis facti quæſitum, ſi fortè opus cœptum aut factum interciderit, priuſquam probaretur ab eo, qui locavit. Intereſſe crediderim, utrum qui opus locavit, ita locaverit, ut in ſingulorum dierum operas mercede conſtitutâ vellet opus ſuo *d* arbitrio fieri; an verò locaverit opus *e* averſione: ut priore caſu locatoris omne periculum ſit: poſteriore, ſi opus culpâ facientis ſeu vitio operis perierit, periculum ſit ejus, qui faciendum ſuſcepit: ſin vi majore, ejus, qui locavit: niſi nominatim aliud actum eſt *f*.

b Exempla complura hujus rei legere eſt in l. 13. §. 1. & 6. ſeqq. eod.

c Fuſiùs hoc explicatur ab Alfeno in l. in navem. 31. eod.

d Secus eſt, ſi ita locaverit, ut univerſitas conſummationis ad conductorem pertineret. l. eâ lege. 51. §. 1. d. tit.

e Opus averſione locari dicitur, cum totum uno pretio, non in ſingulas operas, aut ſingulos pedes menſuraſvè locatur. ut rectè colligit Auguſt. 3. emend. 6. ex Flor. in l. opus. 36. Hoc tit. appellatio inde, quod locator avertit à ſe periculum, donec opus pro arbitrio redemtoris factum à ſe adprobetur.

f d. l. ea lege. §. 1. junct. d. l. opus. 36. poſt adprobationem quin locatoris periculo ſit, nulla dubitatio eſt.

CAP. XVIII.

De mandato. Quæ in eo mutuæ obligationes præſtationeſque.

TErtium locū inter ſpecies contractuum, qui ſolo conſenſu conſtant, mandato aſſignavimus. Mandatum *g* contrahitur, cum quis quid ſibi gratis gerendum ſuſcipit. Id aut verbis fit, aut re & tacitè. Verbis *h* quibuſcunque, ex quibus mandatum intelligatur. Re & tacitè mandare videor, veluti ſi ſim paſſus aliquem pro me *i* fidejubere. Mandare non eſt quovis modo

g Neq; enim cum Donello dixerim, mandatum eſſe factum ſolius mandantis, ideoq; nec eſſe contractum: ſignificat n. totū negotium rogantis & ſuſcipientis. arg. tit. ff. & C. mand.

h Qualia ſunt, volo, jubeo, peto, rogo, fidei tuæ committo, ut negotia mea geras, item ſpero fore, ut illam cauſam pro me agas. l. 1. §. 1. ff. hoc tit. exempla in l. 25. de acq. her.

i De ſimilibus idem præceptum eſto. l. 6. §. 2. 2. l. 18. eod.

com-

committere, ſed committere aliquid gerendum, puta ut mihi fundum emas, negotia mea geras. proinde qui amicum commendat, non tam mandare, quam *k* laudare intelligitur. Sed etſi quid gerendum committitur, nondum tamen mandatum eſt, niſi gratis *l* ſuſcipiatur. mercede interveniente, ſiquidem ab initio certa conſtituatur, res ad locationem & conductionem reſpicit, ſi quantum poſtea convenerit, erit contractus incerti *m* genus. Si tamen remunerandi gratia *n* honor intervenerit, erit mandati actio: licet ſalarium. procuratori datum extra ordinē petatur. Suſcepto mandato ſtatim, ex conſenſu naſcitur obligatio mandati, ut qui ſuſcepit, ſuſceptum conſummare debeat; viciſſim, qui mandavit, eum *o* indemnē prȩſtare, cujuſcunq; generis ſit mandatum, àut quorumcunq; gratiâ interpoſitum. Una hîc exceptio eſt, ſi mandatum intervenerit ſolius mandatarii cauſâ. Cujus generis mandatū magis conſilium, quam mandatum eſt, & ob id non eſt *p* obligatorium. Planè ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſē, etſi meâ *q* non interfuit, tamen erit mandati actio.

In hoc judicio mutuæ item ſunt obligationes præſtationeſque quarum nomine actiones proditæ tum mandanti, tū mandatario. Mandatario præſtationes *r* duæ incumbunt: una, ut mandatum ſuſceptum impleat bonâ fide; altera, ut impleto mandato, quod penes eum ex hac cauſa erit, reſtituat. Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummare & fidem ſemel datam exequi mandatarium *s* oportet: ni faciat, ſuccedit præſtatio *t* ejus, quod intereſt, ſicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. Sed hoc non eſt perpetuum. Duæ cauſæ mandatarium excuſant: tēpeſtiva renunciatio, hoc eſt ſi ita

k Hinc eſt, quod vulgò dicitur, verba commendatoria non obligare. l. 12. §. cum quidam. 12. eod.

l Nam originē ex officio atq; amicitia trahit. l. 1. §. ult. eod.

m l. 5. §. 2. de præſc. verb. l. 22. d. tit. d. l. 1. §. ult. ff. §. ult. Inſt. hoc tit.

n Id eſt, gratuitæ operæ voluntaria remuneratio, l. 6. pr. eod.

o d. l. 1. pr. l. ſi mandavero. 22. §. ult. ff. §. pen. Inſt. eod.

p Quia nemo ex conſilio non fraudulento obligatur. l. conſilii 47. de R. I. l. 2. §. ult. ff. §. tuâ tantùm. Inſt. h. tit. ubi & exempla. Eſt & in mandato actionum aliquid ſpeciale, de quo infra cap. 66.

q Dummodò alterius perſona, cujus interſit, adjungatur. E. C. mandavi tibi, ut pecuniam tuam fœnerares, non generaliter, ſed nominatim Titio. d. l. 6. §. 4. & 5. d. §. tuâ tantum.

r Quæ indicantur conjunctim in l. procuratorem. 11. C. h. tit.

s l. Si mandavero 22. §. ult. l. ſi quis. 27. §. 2. ff. d. §. pen. Inſt. eod.

t Quæ tamen non longiùs progreditur, quàm quatenus intereſt, ideoq; ſi nihil interſit, ceſſat mandati actio. l. 8. §. mandati. 6. d. l. 27. §. 2. eod.

renun-

renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur eam rem per alios *u* explicandi: item si quæ justæ *x* causæ intervenerint, cur renunciare aut non possit aut non debeat, cujusmodi sunt, adversa valetudo, vis hostium, capitales inimicitiæ †, inanes rei actiones. Finito mandato, quidquid per causam & *y* occasionem mandati mandatarius consecutus est, id mandatori ex bona fide restituere debet, sive corpora sint, sive *z* actiones, si quas mandati exequendi causâ consecutus sit; quarum restitutio fit triplici modo, cessione; delegatione; *a* acceptilatione, ut liberatio pro justa restitutione habeatur. Atque hæ sunt præstationes à parte mandatarii, quarum nomine tum in mandato exequendo, tum in rerum receptarum administratione & culpam præstare debet & diligentiam: nam traditum *c* est aliena negotia, nulla muneris necessitate suscepta, non nisi exactô officio geri, nec quidquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpâ vacuum esse.

A mandatore hoc exigitur, ut finito mandato restituat mandatario, quidquid ei per causam mandati aberit. Continet hæc definitio & ea, quæ causam huic obligationi præbent; & rem, quam præstari oportet. Ut locus sit huic præstationi, tria concurrant necesse est. Primum, ut sit impletum mandatum, aut pro impleto habeatur. Impletum mandatum intelligitur, si aut fecit mandatarius, quod ut faceret, mandatum est; aut *d* dedit, quod mandatum est, ut daret. Omninò autem fines mandati diligenter custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid *e* facere videtur. Pro impleto

u d.l.12. §. ult. d. §. pen. neq; ulla hic captio est mādatoris. Atqui traditum est, neminem obligationi semel constitutæ renūciare posse. l. 5. C. de obl. & act. huic objectioni occurritur cap. ult. inf.

x Vid. l. sand. 23. & 2 seqq. ff. hoc tit.

† Quæ videl. mandatario ob inopiam mandatoris inanes futuræ essent. l. 24. eod.

y Licet præter & contra mandatum. veluti si procuratori meo mandavero, ut is Titio pecuniam meā crederet sine usuris, isq; sub usuris credidit. l. 10. §. 1. & 2. §. si mandavero. 8. eod.

z l. si mandatu. 45. in pr. & §. quoties. 5. eod.

a Hæc sumta sunt ex l. qui mandatum. 43. d. l. 45. §. quoties. 5. eod. *b l. à procuratore. 13. C. eod. arg. §. 1. Inst. de obl. quæ qua. ex cont.* *c l. in re mandata. 21. C. h. tit. plura inf. cap. 76.* *d Aut ad dandum condemnatus est. d. l. 4. 5. pr. & §. 4. in mandato dandi incerto summa minima continere intelligitur. quâ ad mandatum exequendum mandatarius defungi potest. l. si quis. 46. eod.* *e l. 5. pr. ff. §. is qui. 8. Inst. eod. quid ergo. si quis summam præscriptam excesserit, aut intra minorem substiterit? rectè Nervæ & Proculo placuit, in eam summā quæ statuta est, aut quatenus impendit, actionem mandatario dandā. d. §. 8. l. 3. in fin. & l. seq. l. 33. eod. Enimverò si tibi mandavero, ut fundū meū 100 venderes, tuq; 90 vendideris, indemnem me præstare debes: quia meâ interest, ne minore pretio vendatur, quam volui. d. l. 5. §. 3 eod*

habetur

habetur mandatum, ſi cum id mandatarius cœpiſſet exequi *f*, caſu aliquo perficere negotium non potuit. Secundum eſt, ut quid abſit mandatario, quod ex *g* fine hujus obligationis ſumptum. Tertium, ut abſit per cauſam mandati, veluti ſi damnum ex ea *h* cauſa paſſus fuerit, aut mandati exequendi gratiâ bonâ fide quid *i* impenderit. Cauſâ hujus præſtationis cognitâ, jam ſuâ ſponte intelligitur, quid hîc mandati nomine procuratori præſtandum, nempe quod illi abeſt, ſive quid impendit de ſuo, ſive ſe propter mandatum alicui obligavit, ut illîc pecunia reſtituatur, hîc obligatione in mandatorem tranſlatâ procurator *k* liberetur: in ſumma, ut indemnis habeatur mandatarius, cui officium, gratuitum, quod alieno nomine ſuſcepit, non debet eſſe damnoſum. Quid igitur ſi mandator eum liberare detrectet? nimirum damnabitur in id, quod intereſt mandatarii, juxta † regulam harum obligationum communem.

Hinc inducta eſt quæſtio de fidejuſſore, quando habeat actionē mandati adverſus debitorem, ut ea obligatione liberetur, utrum ſtatim atque fidejuſſit, an verò non ante, quā ex cauſa fidejuſſionis ſolvit. Et placuit non ante eum *l* agere poſſe, quam ſolverit aut ſatisfecerit creditori: niſi juſta aliqua cauſa aut ab initio aut poſtea interveniens contrarium ſuadeat. Hujus generis cauſæ occurrunt quatuor: ſi ea lege fidejuſſit, ut quandocunque *m* vellet, liberaretur: ſi jam judicio eſt *n* condemnatus, quaſi proprè jam videatur ſolviſſe, qui ſolutionem differre non poteſt: ſi debitor bona ſua *o* dila-

f Exempl. in l. qui mutuā, 56. §. ult. eod: illud etiam hîc notandū. ratihabitionē mandato comparari. l. 12. in fin. de sol. l. ult. C. ad SC. Mac.

g Qui eo ſpectat, ne quod damnū mandatarius propter mandatum patiatur. l. ex mandato. 20. eod.

h Sive à re mandato commiſſa contingens, cujus exemplum eſt in l. inter. 26. §. pen. eod. ſive extrinſecus. exemplum ſuppeditat eadem l. 26. §. non omnia. 6.

i l. ſi quis 27. §. impendia. l. qui mutuā. 56. §. ult. ff. l. 4. C. eod. reſtituenda item uſuræ ejus pecuniæ, maximè ſi eam aliunde ſumſit mutuo, cum reperire non poſſet ſine uſuris. l. 1. ubi Donel. C. hoc. tit:

k Vid. d. l. 20. d. l. 26. §. 2. junct. d. l. 45. pr. & §. ff. eod.

† l. 13. in fin. de re jud. l. ſtipulationes. 72. de V. O.

l Ne ad id quidem, ut liberetur. l. Lucius. 38. in fin. h. t. l. ſi pro ea. 10. C. eod. At videtur impleſſe mandatum, ſimul ac fidejuſſit. arg. d. l. 45. pr. & §. 5. rectè hoc dicitur in cæteris rebus mandatis, fidejuſsionis a. mandatum hoc proprium habet, ut non aliter impleatur, quam ſolvendo. l. indebitam. 47. de cond. ind. ſuſcipitur n. ea obligatione perſona debitoris. cui hoc adde, quod alias penè inutilis eſſet mandanti fidejuſsio.

m in d. l. 10. C. eod. nempe quia conventio legem contractui dedit l. contractus. 23. de R. I.

n d. l. 10. l. 38. in fin d. l. 45. §. 4. eod.

o Hæc cauſa disertè tradita eſt in d. l. 38. in fin. ratio quoq; reddita in d. l. 10. quia hæc res fidejuſſori juſtam cauſam metuendi præbet.

dilapidare occœpit: si *p* diu in obligatione cessaverit: utrumque enim hoc fidejussori justam metuendi causam præbet. His adjiciamus & quintam, si graves inimicitiæ inter fidejussorē & debitorem intercesserint, quibus debitor causam dederit: quippe ob quam etiam liceat mandatum impunè *q* negligere. Sed etsi solverit fidejussor, non continuò tamen actionem mandati habet: sed tum demum, cum quatuor hęc concurrunt. Primum est, si solverit seu satisfecerit creditori, quibus verbis non tantùm continetur naturalis solutio, sed etiam ea omnia, quæ ad liberationem ex causa satisfactionis *r* prosunt. Proximum est, si solverit pro vero debitore, quem eundem eâ solutione *s* liberarit. Proinde si cum *t* sciret eum aut omninò obligatum *u* non esse, aut *x* exceptione tutum, nihilominus solverit, aut ex causa judicati, cum conventis judicio debitorem non monuisset, aut ipse exceptionibus ex *y* persona debitoris usus non esset, aut usus quidem, sed injuriâ judicis condemnatus non *z* appellasset, neve reo id tempestivè denunciasset, actionem mandati non † habebit. Tertium est, ut ex hac causa fidejussori pecunia absit. Abesse intelligitur, si aut suo facto, aut alieno, aut creditoris liberatus est. Suo, solutione, & quæ vicem *a* solutionis habent, obsignatione & depositione pecuniæ, compensatione, *b* delegatione. Alieno, si quis alius eadem contulerit in creditorem *c* fidejussoris causâ. Facto creditoris, si is obligationem pacto, acceptilatione, vel quâ alia voluntate

p d. l. 38. quod eadem ratione, quâ superius defendi- ditur. Illud a. (diu) quia certo tempore definitum non est, judicis arbitrio definiendum relinquimus, cum Gomes. 2. resol. 13. n. 10.

q l. sand. 2?. eod. est & hîc justa metuendi causa, ne solutum ab inimico facile recuperetur.

r Cujusmodi sunt pecuniæ obsignatio & depositio, delegatio debitoris. l. 26. §. 2. l. qui mutuam. 56. §. 1. eod.

s Nam si liberatio secuta non sit, nulla erit actio. exempla in l. Julianus. 47. §. 1. l. inter. 26. §. mandatu 5. eod.

t Ignorantia excusata est, nisi in jure erraverit. l. 29. pr. eod.

u Sive quod ab initio non fuerit. d. l. 29. §. 1. sive quod postea solvit. d. l. 29. §. 2.

x Puta non numerata pecuniæ, aut pacti conventi. d. l. 29. pr. excipiuntur, quæ sunt de apicibus juris. d. l. 29. §. 4. ubi vide, quæ notat Gothofr.

y Sin autem exceptionem ex sua tantùm persona haberet, puta quia solus tempore liberatus (talis quoque est exceptio Vellejani. l. pen. ad Vell.) eâ omissâ solverit nihilominus solutum repetet, quia fidem implevit liberando debitorem. d. l. 29. §. ult.

z Nisi eâ tenuitate sit, ut sumtus litis appellationis ferre non possit. l. 8. §. antep. eod.

† Vid. l. 10. §. pen. d. l. 29. pr. ff. l. 10. C. eod. add. l. 7. de except. l. ex persona 32. de fidejuss.

a l. Lucius. 38. in fin. l. qui mutuam. 56. §. 1. l. inter. §. 2. & 3. eod.

b Etiamsi debitor delegatus non sit solvendo. nam qui debitorem delegatum admittit, bonum nomen facit. d. §. 2.

c Quamvis hoc animo, ut fidejussori donatum vellet. l. 12. §. 1. eod.

remi-

remisit: modo ne donandi animo tantùm *d*.

Ad harum rerum persecutionem competit mandatori actio mandati *e* directa, qua ob perfidiam damnatus etiam *f* infamis fit, mandatario contraria, quæ præter pecuniariam condemnationem ejus, quod abest, nihil habet *g*.

d dd. ll. 10. in in fin. & 12. in pr. alia exempla sunt in l. 11. l. Julianus. 47. pr. eod.

e Directæ actiones, ut hoc obiter moneam, dicuntur, eæ formulæ quæ ad ipsam causam, propter quam institutæ sunt, accommodantur: & quia ex negotio principialiter competunt, etiam principales appellantur. l. 17. §. 1. commod. contrariæ verò, quæ accommodantur ad contrariam partem: & per consequentiam directarum inducuntur. *f Ex edicto de his qui not. inf. l. 1. hoc est, quod dicitur, mandato etiam periculum existimatione contineri. l. 21. C. hoc. tit.* *g Siquidem in contrariis judiciis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi. l. 6. §. ult. de his qui not. inf. quod fit cum directæ Actioni opponitur ex contrario compensatio.*

CAP. XIX.

De societate.

MAndatum sequebatur societas, postrema earum conventionum, quæ jure gentium solo consensu obligationem pariunt. Societas est communio seu conjunctio communionis causâ inter aliquos voluntate suscepta. Hæc duplex; aut bonorum, quæ generis verbo in usu juris societas *h* vocatur; aut vitæ, quam uno verbo nuptias appellamus. Bonorum societas est rerum plurium aut unius inter aliquos consensu suscepta *i* communio, lucri inde in commune faciendi gratiâ. Est communio rerum. proinde nisi utrinque vel pecunia vel opera, aut ab uno pecunia, ab altero opera conferatur, non erit *k* societas. Est aut omnium bonorum, aut unius alicujus rei sive *l* negotiationis, ut vectigalis, equorum, vini, olei, frumenti emendi vendendique. Est denique communio consensu & tractatu de eâ re habito *m* suscepta. Proinde si qui casu in communionem *n* inciderint, non affectione societatis, ut evenit in re duobus legata, aut si hereditas duobus communiter obvenerit, aut si res à duobus si-

h Ac de ea sole agunt tit. ff. & C. pro socio. Inst. de societ.

i Sic enim appellatur à Paulo in l. 3. §. 1. ff. hoc tit.

k Inde dictū, donationis causâ societatem non rectè contrahi. l. 5. in fin. eod.

l d. l. 5. in pr. l. verum. 63. ff. Inst. eod. in pr.

m l. ut sit. 31. & seq. eod. unde à Papin. consortium voluntarium dicitur, l. cum duob. 52. §. idem Papin. 8. eod.

n d. l. 31. & aliquot seqq. l. 2. ff. comm. divid.

mul † empta sit, societas non erit. Nondum est satis. In hunc finem communionem instituere oportet, ut lucrum inde factum communicetur. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit; ut si, verbi causâ, materiæ duorum dominorum voluntate confusæ fuerint, erit quidem massa communis, at non jure *o* societatis. Pari de causa nec talem societatem iniri posse responsum est, ut alter lucrum tantùm, alter damnum sentiat: eam enim societatem iniquam esse & *p* leoninam. Cæterùm quin ita coiri possit societas, non dubitatur, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: si modò tanti sit opera *q*, quanti damnum est. Cùm autem de hac communione inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta esse intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat *r*.

† *Simpliciter, sine consensu & affectione societatis. d. l. 31. quod ergo Vlpian. ait in d. l. 2. com. div. rem. quæ à duobus pariter emta est, cum societate esse communem, sic interpretandum arbitror, si cum affectione societatis eam emptam esse apparet. vel ipso auctore Vlp. in d. l. 31. & seq. tametsi non ignorem Sichardum ad l. 2. C. eod. ex Bartolo contrarium axioma proponere: videlicet eo ipso, quod res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. per. d. l. 2. C. eod.* o *§. si duorum. 27. Inst. de rer. divis.* p *l. si non fuerit. 29. §. 2. hoc tit. appellatio haud dubie proverbialis ex Apologo Æsopi, de leone, asino & vulpe. vid. Desiderium nostrum in Chiliad.* q *Sæpe n. Ita preciosa est opera socii, ut justum sit, eum istâ conditione admitti in societatem d. l. 29. §. 1. §. 1. Inst. eod.* r *Inst. de obl. ex cons. nec est contrarium, quod scribit Modest. in l. 4. eod. posse societatem coiri re aut verbis. significat n. societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis an re, an quo alio indicio consensus declaretur. At cum dicimus contractum re fieri, necessitatem significamus, nempe sine re, quæ ad consensum accedat, fieri non posse.*

CAP. XX.

In societate rerum quid socius socio actione pro socio præstare debeat potestate judicii.

UT omnis societas lucri & damni in commune conferendi gratia contrahitur, ita omnis obligatio & præstatio inter socios aut est de rebus & lucris, ad societatis causâ pertinentibus, aut de damnis & impendiis, quę ab uno factis in cõ mune agnosci oportet. De rebus ad societatis causam pertinentibus quatuor sunt, quæ socius socio præstare debet, ex æquo & bono jure definita. Primum quidquid socius ex causa societatis tenet, possidet, sive fructus percepit, sive debita exegit, id in communes conferat. Secundum, si quid non-

1 Pro portionibus sc. jure societatis ad quemque pertinentibus. l. pro socio. 38. §. ult. ff. h. tit. pro socio.

nondum acquisivit, sed spes sit fore, ut ad eum perveniat finitâ societate, eo nomine sociis *t* caveat. Tertium, si in rebus ad societatem pertinentibus deteriorē societatis conditionem fecerit vel facto suo vel negligentiâ, id *u* sarciat. Quartum, si quid culpâ sua aut negligentiâ non quęsivit, quod quęsitum ad communionem *x* pertineret, ejus partem sociis pro rata præstet. De his autem ita demum rectè judicare poterimus, si quæ res ad societatem pertineant, scierimus. Id verò ex genere societatis æstimandum. Societas igitur aut omnium bonorum contrahitur nominatim, aut simpliciter, aut certæ alicujus negotiationis. Si omnium bonorum societas nominatim coita sit, omnia bona, undecunque *y* obvenerint, præsentia & futura communicantur. Bonorum appellatione continentur omnia, quæ ad jus nostrum pertinent, ut & actiones persecutionesque in eadem causa *z* habeantur. Sed corpora, quæ jam coëuntium sunt, continuò *a* communicantur: quæ postea obvenerunt, judicio societatis in commune *b* redigenda: nominum verò actiones cedi *c* invicem oportet. In societate simpliciter contracta ea tantùm sunt conferenda, quæ ex quæstu & opera cujusque descendunt. Extra societatem sunt, quæ alieno beneficio *d* quæruntur. Unius negotiationis societas hoc postulat, ut id solùm, quod ex quæstu ejus *e* negotiationis provenerit, communicetur.

t Cautio est, quæ de lucro pendente interponi dicitur. d. l. 38. pr.
u l. de illo. 23. d. si fundus 39. l. res communis. 45. & aliquot seqq. eod. & culpā quidem, quæ in faciendo est, etiam levem socius præstare debet. l. 21. & d. l. 23. quæ a. est in non faciendo (negligentia & desidia) eam non omnem præstat, sed sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis. quod cur in hoc contractu placuerit, ratio reddita est. in l. socius 72. §. 2. ff & §. ult. Inst. eod.
x Exempl. in d. l. 23. §. 1. l. non ob eam. 25. & l. seq. eod. nec minùs huc pertinet. d. l. 72. & d. §. ult. *y Sive ex opera & negotiatione sociorum, sive alieno beneficio, puta hereditate, legato, donatione, sive ob alienam injuriam. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. cum duobus. 52. §. antep. l. si societatem 73. eod.* *z d. l. 3. pr. arg. l. bonorum. 49. de V. S.* *a d. l. 1. §. 1. non obstat, quod ad dominium transferendum traditio exigitur. l. 20. C. de pact. nam & hîc traditio tacita creditur intervenire. l. 2. h. tit. quippe quod socii totum de suo possidebant, jam pro parte nomine sociorum intelliguntur velle possidere: quo facto possessio sociis pro parte quęritur. l. 1°. de acq. poss. & per possessionem dominium. l. 20. §. 1. de acq. rer. dom. §. pen. Inst. per quas pers.* *b Ratio est, quia posteà quæsitorum possessio sine nova traditione aut voluntate transferri non intelligitur. d. l. 73. & seq.* *c l. 3. pr. eod. nec aliter actiones, quę unius fuerunt, ab aliis exerceri possunt. l. possessio. 49. §. ult. de acq. poss. planè, quin utilibus actionibus socius suo nomine, etiam non mandatis, uti possit, non dubito. arg. l. 5. C. de her. vel act. vend.* *d l. 7. & 6. ll. seqq. eod. hoc tit. add. Gomes. 2. res. 5. n. 5.* *e Ex alia causa quęsitum ad communionem non pertinet, d. l. 52. §. 5.*

De damnis & impediis ab uno ex sociis factis, si modò ad † rationẽ societatis pertinebunt, hæ sunt præstationes. Ea, quæ jam facta sunt, socii pro parte societatis agnoscere coguntur & præstare; de futuris socio metuenti *f* cavere. Ad rationẽ autẽ societatis pertinere intelligitur, tum quod socius impendit in rem communem sic, ut verteretur in *g* utilitatem societatis, tum quod in re communi gerenda amisit, alioqui non *h* amissurus. In societate omnium bonorum hoc peculiare est, ut si quid socius *i* necesse habuit præstare ex obligatione honesta, aut etiã aliena *k* injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstiterit. Quod si quid præstitit, quod præstare necesse non habuit, id, nisi nominatim aliud placuerit, non vocabitur in commune. Illud generaliter tenendum est, nec *l* commodum, quod ex maleficio ad unum pervenit, nec *m* damnum, quod ex maleficio unius contigit, ad causam societatis pertinere. Hinc jam inducitur quæstio de partibus lucri & damni in unaquaque societate. Summa huc redit: Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno *n* æquales esse: sin aliter convenerit, standum esse pactioni; modò ne ita placuerit, ut unus lucrum tantùm, alter damnum aut damni partem *o* ferat. Ad hæc obtinendum constituta est sociis una actio utrinque *p* directa, quæ appellatur pro socio, nec alia ulla harum præstationum nomine jure civili comparata. Atqui traditum est, etiam *q* communi dividundo judi-

† *Seu pendebunt ex societate. l. 12. d. l. 38. pr. eod.*
f *l. omne æs. 27. l. si unus 67. pr. eod. quæ est cautio de damno futuro, de qua in d. l. 38.*
g *E. C. si agros communes coluit, pecora pavit, æs alienũ ad causam societatis pertinens solvit. d. l. 12. d. l. 38. §. 1.*
h *Ejus rei illustre exemplum in l. 52. §. 4. eod.*
i *Hinc intelligitur, postquam more hujus regionis communio omnium bonorum inter conjuges contrahitur, nisi quid pactis antenuptialibus excipiatur, dotem filiæ ex priore matrimonio susceptæ ad onus utriusq; conjugis pertinere. arg. l. 19. de rit. nupt. secus est in cæteris societatibus, nisi id nominatim convenerit. l. si socius. 81. eod. ubi vid. quæ notat Gothof. tantundem dicimus, si unus ex sociis filium in studiis aluit, atq; eo nomine quid honestè & bonâ fide erogavit. arg. d. l. 73. §. 1.*
k *Vid. si quid ob injuriarum actionem injuria judicis damnatis præstiterit. d. l. 52. §. ult.*
l *Non solùm, quod rei inhonestæ nulla sit societas. l. 57. eod. sed quia ex maleficiis quæsita ne in bonis quidem sunt. arg. l. 52. de acq. rer. dom. utiq; tamen si sponte conferantur, lucrum commune erit. d. l. 52. §. ult. & 5. seqq. ll.*
m *Exempla suppeditabit. d. l. 52. in fin. l. adeo. 59. §. 1. eod.*
n *Servatâ tamen proportione geometricâ, id est pro rata, quod quisque contulit.*
o *Explicatur hic locus in l. si non fuerint. 29. & l. seq. item in §. 1. & 2. Inst. eod.*
p *Sunt n. omnes pariter socii. & quod præstant, id omne præstant uno communi jure societatis.*
q *l. 2. comm. div. quæ actio & ipsa personales quasdam præstationes habet. l. 1. & 3. d. tit.*

cium

cium de rebus, quâvis ex ſocietate communibus competere. Sed eſt inter actionem pro ſocio & communi dividundo triplex differentia. Prima *r* in re, quod communi dividundo non agitur, niſi de re adhuc communi: at pro ſocio actio ferè non eſt niſi de rebus, quæ communes non ſunt, ut in commune redigantur, aut ſi eſt de re communi, ut ea in medium conferatur. Secũda *s* eſt in petitione & perſecutione utriuſque judicii propria: communi dividundo actio eo principaliter pertinet, ut res communes inter ſocios dividantur atq; à communione recedatur; ſequuntur deinde & perſonales præſtationes, quibus alter alteri propter communionẽ rerum eſt obnoxius: Actio autem pro ſocio adjudicationem non habet, nec pertinet ad diviſionẽ rerum, ſed ad perſonales præſtationes tantùm: Hinc eſt, quod ſublatâ communione, actio communi dividundo ſimul tollatur, at ſublatâ ſocietate, nihilominus ad huc pro *t* ſocio agi poſſit. Tertium diſcrimen eſt in exitu judicii, quod in judicio ſocietatis condemnatio fit in id tantùm, quod *u* ſocius facere poteſt: in actione communi dividundo, in ſolidum. Adde, quod judicium pro ſocio famoſum eſt, communi dividundo non itẽ.

r Vid. d. l. 1. in fin. l. 6. d. tit. junct. d. l. 73. & ſeq. hoc tit. item l. 31. cum 2. ſeqq. eod junct. d. l. 2. com. divid.

s Hoc diſcrimen diſertè traditum eſt in l. ſi actum. 43. h. tit. d. l. 1. com. div ubi particulam (magis) electivè nõ comparativè, interpretaberis cum Accurſ. ſimilis locutio eſt in l. 12. §. cum quidam. 12. mand.

t d. l. 1. in fin. l. omne. 27. l. ſi unus. 67. pr. h. tit.

u §. antep. Inſt. de act. fusè hoc explicatur in l. verum. 63. hoc tit. quid a. hoc beneficium contineat, tractatur in l. 16. cum ſeqq. ff. de re jud. item in §. ſunt præterea. 36. & ſeq. Inſt. de act.

CAP. XXI.

De nuptiis & ſponſalibus.

ALtera *x* ſocietatis ſpecies, in qua vitæ ſocietatem eſſe diximus, ſunt nuptiæ, quas eaſdem & matrimonium & conjugium appellamus. Nuptiæ ſunt viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem *y* continens. Nuptias conjunctionem eſſe & qui-

x Ajo nuptias contractũ eſſe. quidni? dicuntur n. contrahi. Inſt. hoc tit. in pr. Bez. in tract. de divort. contractum eſſe dicit mixtum, civilem. quatenus ad ſocietatem humanam ſpectat, eccleſiaſticum & divinum, quatenus Deus interveniens perſonas conjungit. ſane ſi conſenſum ſpectamus & uſum matrimonii, contractus eſt juris gentium, cætera ferè rationem civilem aut eccleſiaſticam habent.

y Extat hæc definitio in §. 1. Inſt. de pat. pot. cui ſimilis eſt illa Modeſt. in l. 1. ff. hoc tit. de qua vid. Duar. cap. 1. eod. in tit. ſol. matr.

dem arctissimâ constat: quippe quę inter duos tantũ, eosque marem & fœminam intercedat, & individuum totius vitæ consortium contineat. quibus notis discernitur tum à rerũ societate, quæ & ipsa conjunctio est, sed neque tempori, neque numero aut sexui coëuntium alligata, & simul z polygamia, concubinatus, præposteræ vulgivagæque veneres removentur. Est autem individua vitæ consuetudo, quæ & in præsentia cuncta, quę ad convictum & societatẽ vitæ pertinent, indivisa habeat & communia, & quæ non nisi morte alterutrius finiatur. Quod ex proposito contrahentium & natura matrimonii sumptum est, licet successus non semper voto respondeat. Quamvis enim nuptiæ pro arbitrio contrahentium dirimi non possunt: certum tamen est divortio justis de causis interveniente eas *a* solvi. Loquor de jure civili: nam jure divino quid hîc *b* sancitum sit, satis notum est.

Ut nuptiæ efficiantur legitimæ positum est partim in personis contrahentium, partim in eorum legitimo consensu. Personas tales esse oportet, primum ut sint naturâ capaces earum rerum, quas nuptiæ aut contrahendæ aut jam contractę desiderant: deinde ut ne jure prohibitæ nuptias contrahere. Natura *c* capaces non sunt, qui consensu aut facultate sobolis procreandæ destituuntur, ut furiosi, mente capti, impuberes, castrati. Ut jure prohibeantur, fit aut propter conditionem personæ, si quis non sit *d* civis Romanus; aut ob turpitudinem conjunctionis; aut externi alicujus incommodi metu. Turpitudo aut à numero nuptiarium sive polygamia, quæ etiam *e* verbo Dei palàm prohibita; aut à cognatione contrahentium; aut ab eorum inter se affinitate. Cognatio duplex; directa, &

z Intelligo eã speciem polygamiæ, quando uno eodemque tempore plures uxores ducuntur: nã soluto morte matrimonio, quin novas nuptias superstes contrahere possit, non est dubitandum 1. Cor 7. ve. pen. vid. Bez. tract. de polyg.

a Nunquam tamen nisi missio repudio. l. 8. C. de repud. ubi & causæ repudii definiuntur.

b Nempe quod Deus conjunxit, homini sejungere non licere. Matth. 19.

c De his vid. l. 8. ff. de his qui sui vel al. jur. Inst h. tit. pr. §. in plurimis. Inst. de adop.

d d. pr. Inst hoc tit. igitur cum servis aut peregrinis nullum connubium est. Ulp. in fragm. tit. 5.

e d. c. 19. Matth. d. c. 7. ad Corinth. 1. Bez. tract. de. polyg. ubi luculenter ostendit, nunquam in foro conscientię licuisse plures eodem tempore habere uxores, nec in rep. Christiana tolerandum. jure civili polygamia apertissimè prohibita est. l. 2. C. de inc. nupt. §. affinitatis. Inst. h. tit.

f §. 1. Inst. eod. Nov. 12. l. nuptiæ. 53. & seq. ff. hoc tit. add. c. 18. Levit. & Bez. de tract. de repud. & divort. Id olim adeo religiosè observatum fuit, ut nec inter patrem & filiam adoptivam dissolutâ Adoptione nuptiæ consisterint. d. §. 1. in fin.

transversa. Directa est parentum & liberorum. Inter hos nuptiæ, in infinitum prohibitæ, ut pote nefariæ & incestæ. Transversa est eorum, qui ex latere conjunguntur. estque vel æqualis, ut fratrum, sororum, consobrinorum: vel inæqualis eorum, qui parentum & liberorum invicem numero sunt, ut patruus, avunculus, amita, matertera, nepotes & neptes ex fratre aut sorore, & qui supra hos aut infra sunt. In gradibus æqualibus nuptiæ usque ad *g* quartũ gradum prohibitæ; in inæqualibus in *h* infinitum. Porrò quæ ad locum de gradibus cognatorum pertinẽt, suis locis in jure nostro satis dilucidè sunt *i* exposita. Illud obiter hîc monuisse sufficiet, in supputatione graduum, gradus ordinis superioris, qui est parentum, ita numerari ut adscendatur, inferioris, ut descendatur, obliquorum, priùs ut adscendatur, deinde descendatur, & generatam quamq; *k* personam gradum adjicere. Affinitatis quoq; veneratione à quarundam nuptiis abstinendum est. Affines sunt viri & uxoris cognati: dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius finem *l* accedit. Qui igitur propter affinitatem parentum & liberorum locum *m* obtinent, conjungi matrimonio dissolutâ affinitate non possunt, ut socer nurus, socrus gener, vitricus privigna, noverca privignus. quibus adjectæ sunt principalibus *n* constitutionibus fratris demortui uxor, &, uxoris demortuæ soror. Incom-

g Quarto gradu concessæ. §. 4. Inst. hoc tit. l. celebrandis. 19. C. eod. nec prohibitæ in d. c. 18. Levit. imò permissæ gen. 29. Alber. Gent. 5. de nupt. 11. Bez. d. tract. prohibitio juris pontificii longius progreditur: utque si gradus numeremus juxta computationem juris civilis.

h Habitâ ratione non numeri graduũ, sed imaginis parentium. §. 3. & 5. Inst. l. nemini. 17. C. hoc tit.

i In tit. ff. de grad. & affin. & eruditissimè à Duar. c. 3. de nup. in tit. ff. sol. mat.

k §. Hactenus. 7. Inst. de grad. cogn. eaque numeratio germana, perspicua, ipsique naturæ prorsus consentanea est. Canonistæ tamen aliter gradus obliquos dinumerant, nempe aut sursum eundo tantùm, aut tantùm deorsum. fratres igitur, qui inter se distant duobus gradibus, juxta hanc computationem, eodem gradu distabunt inter se, quo à communi patre, id est, uno tantùm. vid. Bez. de repud. pag. 15. & deinceps. *l Definitio hæc & notatio est Modest. in l. 4. §. 3. de grad. & affin.* *m d. §. affinitatis. & seq. Inst. hoc tit. d. l. nemini. 17. C. eod.* *n d. l. 17. l. 5. C. de inc. nup.. Ab Ordinibus hujus Provinciæ generaliter constitutum est, uti ne uxor cum cognato mortui mariti, neu maritus cum cognata defunctæ uxoris, qui vel quæ defunctum sanguine in gradu prohibito contingant, nuptias contrahant: hac ratione, quia scriptum est. Qui duo fuerant, erunt una caro. Ord. pol. art. 8. congruit lex Mosaica. d. c. 18. Levit. Illud semper constitit, esse inter privignos connubium: quamvis fratrem communem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant. §. 8. Inst. l. 34. §. 2. ff. eod.*

moda, ob quæ nuptiæ jure civili prohibitæ, aliàs metuuntur in viro, alias in muliere, alias in utroque. In viro propriè dignitatis ejus imminutio. Hinc est, quod senator *o* libertinam aut libertinæ filiam, eamvè, cujus parentes artem ludicram fecissent, aut humilem abjectamq; personam ducere prohibetur. In muliere tum concussio adversus sexum, unde cautum, ne præsidi, iisvè, qui temporale officium in provincia aliena administrant, aut militibus, qui in aliena provincia militant, provincialem ducere liceat: tum metus fraudis in tutore aut curatore, eove, ad quem periculum tutelæ spectat. Hinc placuit matrimonium non esse, si tutor vel curator pupillam suam vel adultam intra vicesimum sextum annum non desponsam à patre nec testamento destinatam ducat, vel eam filio suo jungat. Idem probandum est, & si post illud tempus quid istorum fecerit nondum redditis rationibus. Incommodum in utroq; metuendum, est corruptela & contemptus veræ religionis; cui occursum est Christianorum *p* principum constitutione, quâ cavetur, ne quis Iudæus Christianam mulierem, aut Christianus Judæam in matrimonium accipiat.

Si contempta legum prohibitione aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos, nec liberi legitimi *q* intelliguntur. Unde & dissoluto tali coitu, nec dotis nec donationis ex actioni locus est: sed quod datum est, tanquam indignis ablatum *r* fisco vindicatur: nisi ætas, sexus, aut justa ignorantia factum excuset. Qui autem prohibitas & *s* incestas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris *t* constitutionibus continentur. Polygamiæ eadem pœna, quæ *u* adulterii. quippe quæ adulterium semper ad

o Hoc, & quæ sequuntur, civilem duntaxat prohibendi rationem habet. vid. l. 23. l. lege 44. ff. ff. hoc. tit. l. 7. C. de inc. nupt. l. si quis. 38. l. qui in Provincia. 57. l. eos. 65. hoc tit. l. 6. pen. & tot. tit. C. de int. matr. l. antep. & pen. ff. hoc tit. & ab institutis & moribus nostris opinor aliena.

p Theodosii & Arcadii. l. 5. C. de jud. & cœlic. De cōjugiis Christianorum cū paganis & hereticis latè disputat. Bez. in d. tract.

q §. si adversus. Inst. hoc tit. l. 4. & 6. C. de inc. nupt.

r d. l. 4. l. dote 61. ff. hoc tit. Brisson. de jur. connub. pœnam hanc propriam esse vult incestarum nuptiarum. arg. d l. 4. & l. 52. & 63. hoc tit. quod in medio relinquo.

s Incestæ nuptiæ habentur, non tantum quæ inter parentes & liberos contrahuntur in universum: sed etiam, quæ inter cognatos & affines secus, quam licet. l. 38. de adult. l. ult. hoc tit. congruit artic. 4. ordin. pol.

t l. 2. d. l. 6. & seq. C. de inc. nupt. Nov. de inc. nupt. 12. auth. incestas. C. d. tit. add. d. art. 4. & 13. ord. pol.

u Adulteria legibus Ro. morte. l. quamvis. 30. C. de adult. nostris ignominiâ, damnis sæpe exilio multantur. vid. art. 14. cum seqq. d. ord. pol.

junctum

junctum habeat. In eadem causa est conjugium Christiani cum Judæa: nam & hoc adulterii commissi vicem obtinere Christianis principibus placuit *x*.

Si personæ non obstabunt, tum ad perficiendas nuptias præter legitimum coëuntium consensum nihil desideratur. Id ex remotione earum rerum, quæ præter consensum videri possent necessariæ, apertiùs intelligetur. Sunt autem hæc tria; conjunctio thori; dos; ritus ductionis & festivitas nuptiarum. Conjunctio thori videri poterat necessaria propter finem matrimonii, quæ est sobolis procreatio: sed contrà constans *y* definitio est, nuptias non concubitus, sed consensus facit. Dos quamvis sine matrimonio esse non potest, matrimonium tamen traditum est etiam sine dote posse *z* consistere. De ritu & solemnitate nuptiarum magis dubitatum: sed ne hæc quidem esse necessaria apertissimè Scævola noster *a* respondit: & secundum eum est constitutum. Enimverò hæc ita erunt, nisi quid aliud legibus aut moribus publicis ad fidem & religionem nuptiarum *b* cautum sit aut receptum. Cæterùm sciẽdum est in hoc consensu proprium quiddam esse nuptiarum præter contractus cæteros, nimirum ut & eorum *c* cõsensus interveniat, quorum in potestate sunt, qui contrahunt: nam hoc fieri debere & civilis & naturalis ratio *d* suadet. Liberis autem sacris exutis libera hîc potestas: præterquam quod in filiabus minoribus 25 annis, quamvis sui juris, voluntas patris etiamnum exploranda sit, eoque remoto matris & *e* pro-

x Sic n. cautum est l. 5. C. de jud. & calic. Sunt, qui negent pœnis severioribus incestarum nuptiarum esse locum, si conjunctio corporum adhuc nulla intervenerit.

y Tradita in l. nuptias. 30. de R. I. item in l. 15. de cond. & dem.

z l. 3. ff. de jur. dot. l. ult. C. de donat. ant. nupt. in pr.

a In l. pen. de don. int. vir. & ux. add. l. 22. C. hoc tit. Atque ita res habet, in voluntate certa contrahentium: cæterùm in obscura ritus istî desiderantur, ut indicia consensus. quomodo accipienda est l. 5. hoc tit. & similes loci.

b *Sicuti apud nos veluti trinundina in ecclesia promulgatio: ut imposturis tempestivè occurratur potius, quam re non integrâ remedium quæratur. Art. 3. d. ord. pol. sed & obtinuit pia consuetudo, ut nuptiæ publicè in ecclesia celebrentur, ministroque verbi divini præeunte precibus commendentur Deo: quibus ritè peractis, matrimonium consummatum intelligitur, induciturque bonorum communio, etiamsi morte alterutrius, nondum subsecuto concubitu, id diremptum sit. Neostad. obs. ver jud. 15. & aliquod seqq.*

c *pr. Inst. hoc tit. l. 2. & 18. ff. eod. consensus a. vel tacitus sufficit. l. 5. C. eod. sed præcedere debet. d. pr. l. 25. §. jussum. de acq. her. nam ratihabitio in nuptiis non retrotrahitur. vid. Hotom. ill. quest. 9.*

d *d. pr. & ibi interpretes vulgò. Apud nos etiam major ratio est, cum per nuptias potestas solvatur. sed & patre mortuo matris consensus ex placito Ordinum est adhibendus. d. art. 3.*

e *l. filius. 25. hoc. tit. junct. l. vidua. 18. & l. 20. C. eod. quod haud dubie in viduis & virginibus placuit, ob pudicitiam sexui congruentem.*

pinquo-

pinquorum. Sed & *f* certæ causæ sunt, ob quas placuit etiam sine parentum, quorum in potestate sumus, consensu nuptias rectè contrahi. Primò, si pater furiosus sit vel mente captus: secundò, si per triennium abfuerit vel in loco incerto vel ab hostibus captus: tertiò, si nullas justas contradicendi *g* causas parens habeat, modò magistratus aditus causam cognoscat. Quid tamen si liberi coierint spretâ voluntate parentum, quorum consensus exigitur? nempe consequens est, ut tales nuptiæ & ab initio irritæ nulliusque momenti habeantur, nec *h* concubitu postea secuto, re sine matrimonio illicitâ, confirmari possint.

Quæ ex hoc contractu conjuges invicem præstare debent, posita sunt tum in convictu interiore; tum in officiorum conjugalium mutua præstatione. Convictus hic non jure civili tantùm, sed etiam divino apertè *i* sancitus est. eum nostri individuam vitæ consuetudinem, & consortium appellant, de quo jam ante satis est dictum. Officiorum conjugalium quædam communia, quædam unius ex conjugibus propria. Communia duo; conjunctio *k* corporum, ad sobolem procreandam, cujus præcipuè causâ nuptiæ ineuntur; item promiscuus rerum omnium salvâ honestate conjugii *l* usus. Mulieris hæc una *m* præstatio propria, ut marito sit subjecta, reverentiam ei exhibeat, seque obsequentem non inhonesta imperanti præbeat. Ha-

f Quas videre licet in l. 25. C. l. 9. pr. & §. 1. cum 2. ll. seqq. l. c. 19. ff. eod.

g Quod & apud nos cautum est in filia majore 20. filio majore 25. annis. d. art. 3. H. idque non obscurè arguit. l. 11. de stat. hom. probat Duar. de nupt. c. 2. & fortiùs Bez. in d. tract. & certè qui aliter sentiunt, fræna laxant indomitæ libidini, & dissolventes nexa obsequii, ansam præbent illudendi parentibus. Non adversatur Paul. 2. sent. 19. aut l. 1. §. ult. ff. de lib. exh. loquuntur n. de nuptiis contractis voluntate patris, qui postea dissentiat. Putarem tamen in proposito, si devirginata antea pudicè se gesserit, nec justam contradicendi causam pater habeat, magistratum rectè atq; ordine facturum, si eum ad consensum præstandum compulerit. arg. d. l. 19. hoc tit. *i Apud Matth. cap. 19. vers. 4. & seqq. clariùs etiam apud Paul. 1. Corinth. 7. vers. 11. & seqq.*
k Quam ne quis superstitiosus tanquam rem parùm castam damnet, verbo Dei expressè sancita est, & utrique postulante altero injuncta. d. c. 19. & apertissimè d. c. 7. vers. 3. & deinceps.
l Non vera societas bonorum l. 8. C. de pact. tit. C. ne ux. pro mar. nisi id disertè convenerit. l. 16. §. ult. de al. leg. Igitur quod moribus hujus provinciæ introductum, ut generalis omnium bonorum inter conjuges contrahatur societas, id scripto juri non est consentaneum. At si qua est mariti dignitas, ejus uxor sit particeps. l. mulieres. C. de dign. lib. 12. Locuples etiam egenti alimenta præstare tenetur. l. 29. C. de jur. dot. *m l. 14. § 1. sol. mat. verbo Dei multò diligentiùs sancita. Ephes. 5. 21. Coll. 3. 18. Tit. 2. 1. Pet. 3. quibus locis simul traditur, quomodo se vice mutuâ in hac parte vir erga uxorem gerere debeat. Moribus nostris etiam in potestatem viri mulier transit. ita ut sine ejus consensu nec contrahere, nec judicio interesse possit, testari tamen non prohibetur.*

rum autem præstationum nomine nulla est actio aut alia cogendi ratio jure civili prodita, nisi quod ad conjunctionem vitæ invicem præstandam auctoritate magistratus vir & uxor compelli possint.

Si nuptiæ societatis species sunt, erunt & *n* sponsalia, ut pote quæ pars sunt, aut certè ingressus & gradus quidam, per quem ad nuptias pervenitur. Sponsalia sunt *o* mentio & repromissio futurarum nuptiarum. De qualitate personarum sponsalia contrahentium illud generaliter tenendum, matrimonio inter aliquos prohibito, etiam sponsalia prohibita intelligi: sed cum hoc temperamento, si eadem est ratio prohibitionis: cessante verò ratione, cessare & *p* prohibitionem. Illud quoque inter nuptias & sponsalia interest, quod in sponsalibus ætas contrahentium definita *q* non est, ut in matrimoniis. Quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt: modò utraq; persona sit infante major. De consensu idem per omnia hîc *r* observatur, quod in nuptiis. Sponsalibus contractis liberum est *s* renunciare, nec pœna eo nomine promissa *t* peti potest: tantùm quod arrharum sponsaliorum nomine datum est, repeti non potest, si per eum, qui dedit, stet, quo minùs nuptiæ impleantur; sin per eum, qui accepit, duplum, aut etiam quadruplum, si ita convenerit, reddere cogitur: nisi justam causam renunciandi alteruter habuerit *u*.

n Sic dicta, quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras. l. 2. & 3. ff. hoc tit. de sponsf. vid. C. ll. 4. c. 4.

o Ad differentiam nuptiarum, quæ fiunt verbis in præsens conceptis. E. G. accipio te in uxorem. Ius civile igitur unum tãtùm genus sponsaliorum agnoscit, mutuam sc. promissionem de futuris nuptiis. Ius a. Canon. duo spõsalia, de præsenti, & de futuro. c. pen. & ult. h. tit. sed haud scio, an non sponsalia de præsenti, quæ vocant, sint ipsum matrimoniũ jam contractum, licet nondum consummatum. cui sententiæ accedit Bez. in d. tract. in pr.

p Vid. omnino Duar. c. 3. hoc tit. *q l. in sponsalibus. 14. eod.* *r l. 4. 5. 7. & 8. cum seqq. eod.* *s l. 1. C. eod. quod genus renunciationis propriè repudium appellatur. l. 101. de V. S.* *t Nec id, quod interest, nisi dolus nuncium remittentis arguatur. l. Titia. 134. de V. O l. 2. C. de inut. stip.* *u l. 3. & ult. C. hic. l. 38. de nupt. Ius pontificium quando repudium permittat. vid. C. ex literis. & passim. ext. de sponsf. add. omnino Schneid. c. de sponsf. ad tit. Inst. de nupt.*

CAP. XXII.

De legitimis conventionibus, quæ solo consensu obligationem pariunt.

HÆc de quatuor illis juris gentium contractibus, qui solo consensu perficiuntur, simul de vi atque obli-

gatione eorum, quæ natura & poteſtate cujuſque horum contractuum continentur. Sunt & conventiones quædam legitimæ, quæ & ipſæ ſolo conſenſu obligationem pariunt, & ſuas quoque præſtationes citra apertam conventionem habent: cujus generis tres eſſe diximus, contractum emphyteuticum, pactum donationis, conſtitutum. Contractus *x* emphyteuticus eſt, cùm prædium à domino in perpetuum vel ad longum tempus alteri ita habendum fruendum datur, ut quamdiu penſio annua eo nomine conſtituta ſolvatur, prædium ei auferre dominus non valeat. Hic contractus ita *y* conſenſu perficitur, ut tamen ſcriptura ad *z* fidem rei geſtæ ex conſtitutione Zenonis deſideretur. De obligatione hujus contractus, & quæ ex ea mutuæ inter emphyteutam & dominum præſtationes, libro primo ſatis diligenter eſt explicatum.

Non ex quovis pacto donationis causâ interpoſito obligatio naſcitur, ſed ex eo tantùm, quo quis in præſentia ſe donare dicit, verbis in præſens, non in futurum conceptis, veluti ſi quis dicat, dono tibi 100. Aureos: nam hujuſmodi demùm pacta *a* conſtitutione Juſtiniani confirmata ſunt. Quod ſi quis poſtea donaturum ſe pacto promittat, manebit jus antiquum, nec ex pacto nudo obligabitur. Hoc pactum nullam propriam obligationem habet, quæ ex natura & poteſtate negotii deſcendat: ſed ſola hìc conventio totam facit. De cujus vi poſtea in commune.

Conſtitutæ pecuniæ obligatio edicto prætoris conſtituta eſt ex hac cauſa, ſi quis conſtituerit ſe *b* ſoluturum, nullâ ſcilicet ſtipulatione interpoſitâ; nam qui ſtipulãti promittit, jure civili *c* tenetur. Is autem ſolus

x Dixi de Jure emphyteutico lib. 1. c. 71.

y Nulla hìc traditio necessaria, quæ initium obligationi præbeat, sed sufficit iſtâ lege convenire. §. 3. Inſt. de locat.

z l. 1. C. de jur. emph. nimirum ideo, quia intereſt contrahentium, ut hic contractus ſcripto comprehendatur, fidẽ alioquin haud facilè reperturus, cum ferè in perpetuum fiat. rectè a. Gloſſ. in d. l. 1. non prohibet fieri ſine ſcriptis, licet dicatur fieri in ſcriptis. & hanc ſententiam conſuetudine comprobatam eſſe teſtatur Bart. ibid. Bald. tamen in d. l. 1. & Gloſſ. in l. 1. C. de cenſ. lib. 10. ſcripturam eſſe ajunt de hujus contractus ſubſtantia: quæ opinio comm. eſt teſte Clar. in §. emphyteuſis. quæſt. 4. Apud nos fieri debet coram judice loci, in quo res ſita eſt.

a *Quæ extat in l. ſi quis argentum. 35. C. de donat. & §. 2. Inſt. eod. tit. ſecus igitur erit, ſi ita dixerim, dabo, aut donabo, arg. l. præcipimus. in fin. C. de appel.*

b *l. 1. §. 1. de pec. conſt. §. de conſtituta. 9. Inſt. de act. add. l. 2. C. de pec. conſt. æquitas a. hujus juris manifeſta eſt, ſcilicet ut, quod una conventio non potuit, id ſaltem efficiat congeminata. l. 1. pr. ff. d. tit. Don. ad. ad d. §. n. 2. in fin.*

c *Sicuti hodie eum teneri certum eſt, poſt quam pactis non minus, quam ſtipulatione obligari cœpimus.*

hac

hac actione tenetur; qui quod ante *d* debitum fuit, constituit: Quo autem jure debitum sit, nihil interest, dum aut utiliter peti possit, aut natura *e* debeatur. Sed nec illud refert à quo debitum sit, utrum ab eo, qui se soluturum constituit, an ab alio. Hoc amplius etsi quis constituit alii, quam creditori, modò pecunia debita sit, valebit *f* constitutum: nihil enim prætor adjecit. Illud in hac obligatione, ut singulare, observandum, quod ex hac conventione actio edicto proponitur nō statim, sed sub conditione, si appareat eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quo minus *g* fieret, quod constitutum est. Ex quo simul intelligitur non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo, quod juris ratio non patitur, sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quo minus oblatum acciperet. Diversum est in cæteris contractibus puris, ex quibus, ut præsens conventio est, ita & *h* statim agi potest: actioque semel nata durat, quamvis creditor in accipiendo *i* moram fecerit. Cætera omnia huic conventioni cum aliis contractibus sunt communia: de quibus postea. Nunc, ut instituimus, proficisci ordine ad reliqua contractuum genera pergemus.

d *d. l. 1. §. 1. & pen. l. ite. 18. §. 1. d. tit.*

e *d. l. 1. §. pen & ult. l. 2. l. 3. pr. & §. 1. eod.*

f *Vtrumque hoc traditur in l. 5. §. 2. eod.*

g *Tempore sc. constituti. l. si duo 16. §. ait. & seqq. d. tit.*

h *§. 2. Inst. de V. O. l. 14. de R. I. In constituto a. visum est prætori actionem præter regulam juris inducenti, quã mitissimè cum reo agi.*

i *Si tamen res debita adhuc extabit. l. illud. 17. de per. & com. rei vend.*

CAP. XXIII.

De mutuo.

HI igitur sunt contractus, qui solo consensu constant: Hic eorum effectus & vis propria obligationis. Alterum genus contractuum eorum fuit, qui consensu solo non constant, sed tum demum perficiuntur, cum ad conventionem aliquid accessit. Quo in genere primum locum obtinent, qui re fiunt, atque inter hos sex illi nominati, mutuum, commodatum, depositum, pignus, dos, donatio propter nuptias. Proinde de his jam isto ordine deinceps dicamus, ac euntes per singulos, quæramus, quid sint, quas obligatio-

gationes natura cujuſque & præſtationes habeat.

Mutuum *k* eſt, cum res, quæ uſu conſumuntur, ſive quæ pondere, numero, menſurâ conſtant, alicui ita dantur, ut ejus fiant, eâ lege, ut quandoque reposcenti creditori reddatur tantundem. Definitio hæc tria complectitur, quæ ad conſtituendum mutuum requiruntur; res certas, quæ mutuò dentur, tanquam materiam; rerum traditionem, tanquam cauſam efficientem, & ſimul rei gerendæ formam; conventionem hujus contractus propriam, quæ finem continet. Res, in quibus mutui datio conſiſtit, ſunt quæ pondere, numero, menſurave *l* conſtant, hoc eſt, quæ ex certo pondere, numero, menſura æſtimantur. Idcircò autem harum rerum datione poſſumus in creditum ire, quia eandem functionem in genere ſuo recipiunt, quam in ſpecie. In cæteris autem rebus ideò in creditum ire non poſſumus, quia nullæ aliæ res ſunt tam æqualis æſtimationis, ut in ſuo genere ſolutæ aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præſtent: conſtat autem aliud pro alio invito creditori *m* ſolvi non poſſe. Rem quam mutuam eſſe volumus, tradi oportet: non enim ſolo conſenſu mutuum contrahitur, ſed rei *n* traditio accedens ad conventionem initium obligationi præbet. quocirca ſi convenerit, ut tibi certam pecuniæ ſummam mutuò darem, niſi pecunia *o* proficiſcatur, mutuum non erit. In fine & conventione hæc duo: primùm, ſic rem tradi debere, ut de mea fiat tua, quod mutui adeò proprium eſſe creditur, ut & inde nomen *p* acceperit. Quapropter non aliter res mutua fieri intelligitur, quam ſi & is, qui credit *q*, dominus ſit, & eo animo res tradatur accipiaturque, ut is, qui accipit *r*, dominus fiat. Secundum eſt, ut reddatur

k Definitio in eandem ſententiam tradita Inſt. quib. mod. re cont. obl. in pr. notandum a. mutuum non ſemper pro contractu accipi, ſed ſæpè etiam pro re mutuò data. ut in l. 2. ff. hoc tit. de reb. cred.

l d. pr. Inſt. d. tit. l. 1. §. 2. ff. de obl. & act. d. l. 2. §. 1. hoc. tit.

m Ratio reddita à Paul. in d. l. 2. § 1. pluribus expoſita à Don. ibid.

n Sive, quod tantundem valet, mutuum re contrahitur d. l. 1. §. 2. de O. & A. d. pr. Inſt. d. tit.

o Sic hoc expreſſit Paul. in d. l. 2. §. 3. ſanè interdum res, quæ tradita non eſt, pro tradita habetur: ſed hoc eandem vim habet. l. ſingularia. 15. eod. ubi Don.

p *Auctor Paul. in d. l. 2. §. pen. & Inſt. in d. pr. Inſt. d. tit.* q *d. l. 2. §. pen. ſiquidem dominus non eſt, dominium in alium transferre non poteſt. l. 20. de acq. rer. dom.* r *l. ſi ego. 18. h. tit. ita nimirum dominii transferendi ratio eſt, ut niſi concurrat ex utraque parte affectus contrahentium, dominium non transferatur. l. in omnibus. 55. de O. & A. vid. tamen Don. add. l. 18.*

tantun-

tantundem: ultrà quàm datum est re contrahi obligatio *s* non potest. His autem verbis tria continentur: ut quid reddatur; alioqui donatio erit, non mutuum: ut reddatur non eadem species, quæ data est, alioqui aut *t* commodatum erit aut depositum, sed idem *u* genus, sive aliud ejusdem naturæ & qualitatis: ut reddatur eadem *x* bonitate, quâ datum est. Quæ omnia naturâ & obligatione mutui continentur, licet nihil nominatim convenerit. De æstimatione ambigi potest, an res eâdem æstimatione reddi debeat: sed placuit, dum res reddatur ejusdem generis eâdemque bonitate, idque suâ die, aut nullo adjecto die ante litem contestatam, debitorem *y* liberari, quantacunque sit præsens æstimatio, ut & auctæ commodum & imminutæ incommodum ad creditorem, non ad debitorem, pertineat. Diversa tamen causa est pecuniæ numeratæ, quia nummorum substantia aut bonitas non in corpore aut materia, sed in æstimatione tota *z* consistit. Licebit igitur ei, qui pecuniam accepit, in alia forma eam reddere, puta pro nummis aureis argenteos, aut etiam æreos, dummodò reddat ad eam quantitatem, quam accepit, probos & † locabiles. Quid si aucta sit aut imminuta nummorum æstimatio? nempe consequens est superioribus, eâ

s Cum talis conventio pugnet cum natura hujusmodi contractuum. l. si tibi. 17. de pact. l. 11. §. 1. h. tit. potest quidem creditor stipulari usuras, sed hæ tum ex stipulatione debentur, non ex mutuo.

t d. l. 2. pr. aut pignus, aut locatio, aut precarium, aut contractus innominati genus. sed eorum mentionem idcirco Paul: non facit; quia non sunt ex genere eorum contractuum. qui resistunt:

u d: l. 2. pr. d. l. 1. §. 2. de O. & act. Inst. in pr. d. tit. At quid si debitor postea eandem rem reddere velit, quam accepit? nihil video, cur id ei licere non debeat, dum ne reddat deteriorem. idque ipsum facilè colligitur ex d. l. 2. §. 1. De usu loquendi IC. recepto in appellationibus generis & species, vid. quæ notat Goth. ad d. l. 2. & nos sup. c. 9. *x Ut vinum Rhenanum pro Rhenano, optimum pro optimo. l. 3. eód.* *y l. vinum. 22. ff. eod. propone duo dolia vini mutuò data esse, cum valebant 50. aureos: reddi cum valet 40. Dicimus debitorem liberari: modò reddat ejusdem generis & eâdem bonitate suâ die, aut sine die ante litem contestatam, æstimationem a. præcedentis temporis in quæstionem non venire, quippe cum vinum ipsum; non æstimatio; quæ extra rem est, & pro copia aut inopia augetur aut minuitur, debitum fuerit, è conversò commodum auctæ æstimationis ad creditorem pertinet: qui idcircò incommodum molestè ferre non debet. arg. l. 10. de R. I.* *z Nec quidquam est nummus, nisi quod publicè valet. l. 1. de cont. emt. detractâ æstimatione nihil à massa ejusdem ponderis differt.* *† Nempe quia reddit, quod accepit. acceperat n. eam quantitatem, quâ aurei æstimabantur: reddit eâdem bonitate; quia eâdem æstimatione: in hac a. bonitas nummi. (quippè qui non naturâ, sed lege censetur, teste Arist. 5. Ethic) sola posita est. d. l. 1. de cont. l. quæ extrinsecus. 65. de V. O. l. creditorem. 99. de solut.*

æstimatione reddi oportere, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur *a*.

Ex hoc contractu nascitur actio, quæ vocatur, certi condictio: estque *b* generalis illa, quæ competit ex omni causa omnique obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Cui, adversus quem, qua de re & ad quid competat, ex iis, quæ dicta sunt, satis, opinor, intelligi potest: maximè cum unus tantùm hîc obligetur. Illud utilitatis causâ receptum est, ut quibus condictio non acquiritur ante consumptionem, his post *c* consumptionem acquiratur, etiam *d* furioso eique, qui pecuniam *e* alienam credidit. Adversus filiumf. ex una causa pecuniæ creditæ *f* non datur. Postremò de periculo rei mutuò datæ, hæc regula in universum tenenda est, Quocunque modo res perierit, etiam sine dolo & culpa accipientis, rem ei perire, qui accepit *g*.

a Finge 100. aureos mutuò datos, cum aureus valebat asses 50. deinde reddi, cum valet 55. Dicimus debitorem reddentem creditori in singulos aureos 50. asses liberari. quia reddit, quantum accepit: accepit a. eam æstimationẽ. Vicissim si imminuta sit nummorum æstimatio, negamus hoc nocere creditori! utrumq; tamen ita, si per debitorem aut creditorem nulla mora commissa sit. vid. de tota hac quæst. Hot. quæst. 15. Molin. tract. usur. quæst. 92. n. 701. cum seqq. b *Sicut diserte scriptum est in l. 9. pr. hoc tit. sed nec esse aliam certi condictionem, quæ specialis sit, uspiam legimus: tota[q]; ea disputatio futilis est & supervacua. Oldendorp. Class. 4. act. 17.* c *Videl. bonâ fide factã, quod si nummi adhuc extabunt, aut consumti sunt dolo malo, vindicari poterunt, & ad exhibendum agi. l. 11. § ult. & ll. seqq. hoc tit.* d *l. 12. ubi & ratio additur. ff. eod. multoq; magis pupillo. l. non omnis. §. 1. eod.* e *Intellige sine voluntate domini. d. l. 11. §. ult. & l. 13 & d. l. 19. §. 1. Summa est: Quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc eâ ab initio non translatâ præstat consumtio.* f *Quia ubi dominio translato nulla esset condictio, ibi nulla potest esse ex consumtione. l. 14. eod.* g *Et merito. Generis n. debitor est, quod perire non potest. §. 2. Inst. quib. mo l. re cont. obl. l. 1. §. 4. de O. & act. l. 11. C. si cert. pet. Nam genus non est materiale quid, sed intellectuale, quod passionem non recipit, ut ait Goth. ad d. l. 11.*

CAP. XXIV.

De commodato, deposito, pignore: & quæ in his mutuæ præstationes.

COmmodare *h*, est rem, quæ usu non † consumitur, gratis alicui utendam dare, certo fine & modo utendi præscripto. Est rem dare, non convenire de re danda: nam si qua hîc obligatio est, ea non consensu, sed *i* re contrahitur. Neque tamen is, qui commodat,

h Descriptio sumta ex l. 1. §. 3. ff. de O. & A. & §. 2. Inst. quib. mod. re cont. obl.

† Scriptores tamen etiam de hujusmodi rebus usurpant. Cic. Verr. 6. Commodasti tritici modios 60. i *Indicat tit. Inst. quib. mod. re cont. obl. cui hic contractus subjicitur. in §. 2.*

modat, rem ſimpliciter dat, id eſt; rei dominium in accipientem transfert: ſed *k* uſum rei tantùm, ſalvâ manente ejus ſubſtantiâ: ideoq; eadem ſpecies, quæ data eſt, reddi debet: aliter atque in mutuo, in quo cum res detur utenda, quæ uſu conſumitur, ſic danda eſt, ut fiat accipientis, quo is jure ſuo eam conſumere poſſit. Adjecimus gratis: nam pecuniâ interveniente locatus rei uſus videbitur; re *l* aliâ, incerti contractus genus. Additur certo fine & modo *m* præſcripto, ut hac notâ diſcernatur à precario, quo quidem & ipſo res utenda datur, ſed ſimpliciter, nullo præſcripto neque fine utendi neque modo. Cujus diſtinctionis *n* effectus hic eſt, ut commadatum intempeſtivè revocare non liceat, precarium non ampliùs duret, quam is, qui conceſsit, patiatur. Igitur is, qui commodatum accepit, de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur. Obligatio ex conventione, rei manifeſtâ traditione corroborata. Ipſa conventio tum in nomine commodati latens facilè agnoſcitur, tum evendentius apparet ex eo, quod datur nominatim ad certum uſum finemque præſcriptum *o*.

Depoſitum præter cæteros contractus hujus generis manifeſtam conventionem reſtituendi habet, titulo traditionis & nomine ipſo contractus incluſam. Eſt enim *p* deponere, rem alicui gratis cuſtodiendam dare. Hinc obligatio de ea re reſtituenda ſuâ ſponte intelligitur. Qui enim rem cuſtodiendam dat, nihil in alium transfert, ſed apertè id agit, ut res ſibi cuſtodiatur, reſtituaturque repoſcenti. Obligatio igitur ex contractu, & ita ex contractu, ut re *q* contrahatur: quia ut ſit depoſitum, priùs rem poni apud alium oportet, ut res tradita initium obligationi præbeat.

Pignus, eſt res omnis pro debito creditori *r* obligata. Sed cùm de reſtituendo pignore nunc agimus, pro-

k *Inde dictum. Nemi nem commodando rem facere ejus, cui commodas: ac ne poſſeſsionem quidē. l. 8. & 9. ff. comm.*

l *Aut pecunia quidem, sed quā placeat poſteà conſtitui. d. §. 2. Inſt. d. tit. §. 1. Inſt. de locat. l. ſi tibi. 22. de præſ. verb.*

m *Id expreſſit Paul. in l. in commodato. 17. §. 3. commod.*

n *Vid. d. l. 17. §. 3. junct. l. 1. & 2. de prec.*

o *Cum a. certus modus & finis rei præſcribitur, nihil ultra concedi intelligitur. l. 5. ff. mand.*

p *l. 1. pr. depoſ. §. 3. Inſt. hoc tit. quib. mod. re cont. obl. In eodem ſignificatu & verbo commēdare utimur. l. commēdare. 186. de V. S. l. Lucius. 24. depoſ.*

q *l. 1. §. is quoq; 5. de O. & A. d. §. 3. Inſt. hoc tit.*

r *§. 7. Inſt. de act. etiamſi non ſit tradita creditori. l. 1. de pign. act. ſed magis hypotheca dicitur, ſi res ſit immobilis. l. 4. de pign. l. 9. §. propriè de pign. act. l. plebs. 238. §. 2. de V. S. In actione tamē hypothecaria his nominibus promiſcuè utimur. d. §. l. 7. 5. §. 1. de pign*

priè eã rem accipimus, quæ in manus creditoris venit: in quo solo obligatio re contrahitur. Nam quod traditur, pignus vel nudâ cõventione contrahi, hoc eò pertinet, ut res ipsa pignori s obligetur, non ut obligatio pignoraticia constituatur, unde debitori t actio sit ad repetendũ. Hæc enim obligatio nisi ex u re tradita initiũ capere non potest. Restituendi convẽtio definitione verbi, in quo inclusa est, cognitâ satis intelligitur.

Quæ in his contractibus alterum alteri ex bona fide præstare oportet, ferè sunt ejusdem generis & communia, eorumque nomine eædem proditæ actiones directæ danti, accipienti contrariæ. Ab accipiente tria exiguntur. Primum, ut rem, quam accepit, eam reposcenti suo x tempore restituat: etsi hæc magis ad conventionem pertineat. Secundum, ut restituat id omne, quod rem principalem z secutum est. Tertium, ut & reddat ea omnia, quæ ex re provenerunt, aut quæ per occasionem rei consecutus est: in quo numero sunt hæc † quatuor: Fructus ex re pignori obligata percepti, pretium pignoris distracti, quatenus debitum excedit: lucrum pœnæ, quam creditor consecutus est à fure: actio a omnis, quam ex ea causa nactus est. Hæc etsi pluribus tribuuntur pigneratitiæ actioni: tamen & in cæteris quoque locum habent: nisi quod furti pœna b commodatarii lucro cedat, depositarius furti non agat. Illa depositi c propria sunt, quod depositi damnatus infamiâ notatur, & in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficia-

s Acquiraturque creditori actio in rem Serviana aut hypothecaria, quâ rem sibi oppigneratam adversus possidentes persequatur. d. §. 7.
t Sc. in personam nata ex istâ obligatione. §. ult. Inst. hoc tit. observandum, actionem hypothecariam à veteribus sæpe pigneratitiam dici. ut in l. 9. pr. ff. quib. mod. pign. solv. l. 13. de cond. ind. & aliis in locis.
u d. §. ult. neque tamen necesse est, ut vere pignus constituatur, quod non aliter fit, quam si & debitum aliquod subsit. l. 5. de pign. & pro eo res obligata sit ab eo, cui eam obligandi jus est. tit. C. si res ad pign. sed sufficit tanquam pro debito vel à non domino esse oppositam l. 22. §. 2 de pign. act. x Commodatum finito tempore utendi præscripto. l. 17 §. 3 com. pignus soluto debito. l. 9. § 3. de pign. act. depositum pro commodo deponentis, cujus solius gratiâ comparatum est. z E. G. pullus, qui equam commodatam comitabatur. l. 5. §. u. que adeo. 9 com. † Quæ ordine occurrent his locis. l. 1. & 2. C. de pign. act. l. 6 §. ult. l. pen. l. 22. pr. l. 13. & l. 24 § 2. ff. eod. tit a Ut furti pœnâ nondum exactâ, ex vendito, distracto pignore. d. l. 24. §. . d. ti. . vindicatio aut in factum actio in specie d. l. 13. pr. b l ult. §. 3. C. de furt. haud dubiè, quia usus commodatario concessus est: ideoque exemplo conductoris. l. 6. ff. locat. Depositarius idcircò furti non agit, quia custodiam non præstat. §. antepen. Inst. de ob. quæ ex del. add. Gloss. ad. d. l. 22. c Primum est in l. 1. de his, qui not. inf. alterum in l. 1. §. 1. dep. ff.

tur,

tur, in duplum actio datur. Ex contumacia non restituentis crescit in *d* his judiciis periculum & obligatio jurejurando in litem. Quid autẽ, si res perierit, aut deterior facta sit? & refert, utrum casu id acciderit, an verò facto; & si facto, utrum dolo, an culpâ. Si casu, certa est juris *e* sententia, Casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari. Si quid factum est dolo, contraria sentẽtia non minùs rata, Omnibus judiciis debitorem dolum suum præstare. Sin culpâ, hanc omnes præstant, quorum utilitas vertitur, ut commodatarius & creditor: cujus nulla vertitur, dolum tantùm; at propter dolũm etiam latam culpam, ut depositarius. Verùm hæc ita, nisi quid aliud nominatim convenit *f*.

In contrariis judiciis agitur de *g* indemnitate accipientis, ut & damnum, quod per causam rei passus est, ei sarciatur; & impensæ præstentur, quas in rem acceptam fecit. Damnum triplex; aut à dante, per intempestivam & damnosam rei *h* subductionem: aut à re accepta, veluti si sciẽs tibi commodaverim vas *i* vitiosum, & liquor infusus effluxerit: aut ab accipiente, si res deperdita, cujus æstimationem præstitit, ad dominum *k* redierit. Etiam impensæ, si necessariæ sunt, cõtrariis actionibus repeti *l* possunt: præterquam quod æquum visum est, commodatarium cibaria & modica impendia in valetudinẽ puta servi commodati facta *m* præstare. In utilibus impensis nec delicatum nec onerosum audire *n* oportet. Voluptuariarum *o* nulla ratio habetur. In judiciis contrariis non juratur in litem, nec damnatus fit infamis: sed quanti res est, tanti damnatur, qui commodavit, deposuit pignori dedit *p*.

d Sicut & in cæteris bonæ fidei judiciis, in quibus res à nobis profecta repetuntur. l. 3. §. 2. com. l. & 5. & l. 8. de in lit. jur.

e Tradita in l. quæ fortuitis. C. de pign. act. l. contractus. 23. de R. l.

f Hæc strictim tantùm pertinet locus ad liberationes oblig. ubi pleniùs explicabimus? inspice tamen obiter. d. l. 23. l. 5. §. 2. comm. l. 1. §. ult. l quod Nerva. 32. depos. l. 13. §. ult. de pign. act. §. 2. & 2. seqq. Inst. hoc tit. simul nota & creditorem & commodatarium etiam diligentiam præstare sive custodiam. d. §. 2. & §. ult. eod. d. l. 5 § 2. d. l. 13. §. ult.

g l. 5. pr. commod. sive, quod idem est, de calculo & supputatione ejus, quod agenti contrario judicio abest l. 6. in fin. de his qui not. inf.
h Exemplum est in l. sicut. 17. §. 3. in fin. commod.
i d. loc. aliud exemplum est in l. pen. eod l. si servus. 31. de pign. act.
k Tenetur n. dominus aut rem aut æstimationem reddere ei, à quo eam æstimationem accepit. d. l. 17. §. ult. ratio est in l. bona fides. 57 de R. l.
l l. 8. pr. de pign. act. l. in rebus 18. §. possunt 2. commod.
m Idque naturali ratione propter usum rei commodatæ. d. l. 18. §. 2.
n Servanda distinctio, quæ est in l. si servos. 25. de pign. act.
o Aut aliàs inutilium l. si pignore. 22. §. ult. d. tit.
p l. 5. pr. comm. l. 6. in fin. de his qui not. inf. l. pen. Inst. de pœn. tem. lit.

CAP. XXV.

De obligatione & restitutione dotis.

q Dotis appellatio ambigua est. significat n. & contractum titulumque & caussam acquirendi. l. 23. de R. I. §. per traditionem Inst. de rer. divis. tot. tit. pro dot. & rem ipsam, ut cum dicimus, dotem dare, doti dicere, in dotem accipere, jus dotium. ex re a. ita data facilè contractus, intelligitur. Vultei. ad pr. Inst. quib. al. lic. rem dotalem distinguit à dote, tanquam subjectum ab adjuncto & jure rei. sed hoc paradoxum est.

DOs q est res marito nomine uxoris data propter nuptias, ut fiat mariti, sitque apud eum ad onera matrimonii sustinenda. Est res data: tunc enim dos est, cum, quod destinatum doti erat, traditum ad maritum r pervenerit; unde restituendæ dotis obligationis initium. Data autem non simpliciter, sed propter nuptias; quæ conditio dotis adeò propria est, ut & omissa tacitè semper s inesse intelligatur. Data marito, ut ejus fiat, sitque rei dotalis t dominus, quamdiu matrimonium constabit, eo soluto, ad uxorem redeat perinde, quasi mariti nunquam fuisset. Finis dotis hic, ut sit apud maritum ad onera matrimonii sustinenda: estque & hoc dotis ita proprium, ut nulla sit, quæ u oneribus matrimonii non serviat. Hinc jam contractus genus & restituendi obligatio nullo negotio intelligi potest.

De obligatione restituendæ dotis, ut potere ad cognoscendum x præclara, & à superioribus obligationibus in omnibus ferè partibus discrepante, liceat hoc loco paulò copiosiùs disserere, quò tota hæc restitutio liquidò intelligatur. Quatuor igitur hîc nobis excutienda; tempus restituendi; personæ, quibus dos restitui & à quibus debet; res & præstationes, quæ in restitutionem veniunt; actiones harum rerum obti-

r Arg. l. 13. §. 2 & l. seq. §. pen. de fund. dot. potest quidem dos promittit l. 6. C. de dot. prom. sed ea promissio non dos est: sed dotis futura pollicitatio. *s l. 21. ff. hoc tit. de jur. dot. nec sine nuptiis dos intelligi potest. l. 3. eod l. ult. C. de don. prop. nupt.* *t Inst. quib. al. lic. in pr. l. 7. §. si res. ff. h. tit. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 9. C. de rei vind. l. 23. C hoc tit, Quoniam a. hoc dominium non diutius durat, quam matrimonium consistit, ex quo tempore dos restitui debet, inde factum, ut eo exitu inspecto mulier sæpe dicatur domina, de marito non tam ut domino, sed tanquam rei alienæ administratore, præsertim in tit. sol. matr. tractetur ut pote qui & dolum culpam, ut cæteri administratores, præstet. & soluto matrimonio rata nem sit reddit uxeus, adi Lyclam. 7. memb. ecl. 26.* *u l. pro oneribus. 20. C. l. si pater. 76. in fin. ff. eod.* *x Quanquam quod ad hujus regionis consuetudinem attinet, pleraque jura de dote loquentia locum non habent, sicut nec privilegia tacitæ hypothecæ: propterea quod inter conjuges bonorum omnium communio est, sane si pacto dotali convenerit, ut bona communicentur, legalis hypothecæ erit locus.*

nenda-

nendarum propriæ. De tempore ita jus est, Constante matrimonio dos repeti non *y* potest, uno casu excepto, si maritus vergat ad inopiam. Sed nec solvi stante matrimonio rectè potest, nisi aut utilitatis aut pietatis ratio aliud *z* suggerat. Matrimonio † soluto rerum immobilium præsens repetitio est, mobilium demum post annum, veteri rerum & temporis distinctione *a* explosâ. Quod si quid aliud de tempore repetendæ dotis convenerit, standum est conventioni: in quo tamen hæc lex tenenda, non licere pacto dotali deteriorem dotis conditionem *b* facere. Cæterùm duæ sunt causæ, quibus intervenientibus ne soluto quidem matrimonio dos repeti potest; una est, si convenerit, ut *c* mortuâ in matrimonio uxore dos remaneret apud maritum; altera, si culpâ uxoris divortium factum est *d*.

De personis, quibus dos restitui debet, ita placet: Si mulier suo nomine, aut extraneus (quo verbo in hac specie juris auctores intelligunt eum, qui mulierem in potestate *e* non habet) nomine mulieris dotem dedit simpliciter, repetitionem dotis soluto matrimonio soli competere *f* mulieri: sin autem dedit eâ lege in continenti adjectâ, ut soluto matrimonio dos sibi redderetur, siquidem stipulatus est, ex stipulatu, si pactus actione præscriptis verbis dotem ipse soluto matrimonio recte *g* repetet. In persona patris jus singulare constitutum, ut si dotem pro filia dederit, eam, mortuâ in matrimonio filiâ, in *h* solatium mortis recipiat, quamvis de dote sibi reddenda nihil caverit: nec quidquam refert, utrum is filiam in potestate

y l.7.C.sol. matr. summum ex lege & fine dotis proposito. Exceptio est in l. ubi 29.C.hoc tit. l.si constante.24. ff. sol. mat.

z Qua de re vid. l. quamvis.20. & l.seq. ff. sol. mat.

† Matrimonio soluto dos restituenda: quia tum cessat causa, ob quam data est. l. 2. pr. sol. mat. junct. l. si pater. 76. hoc tit.

a l. un. §. cum autem. 7. C. de rei ux. act. olim res fungibiles reddebantur annuâ, binâ, trimâ die, id est, divisis in tres annos æquis portionibus: cæterarum rerum præsens erat repetitio.

b Igitur ut citeriore die solvatur, pacisci licet, ut longiore non licet. l.14. & seqq. de pact. dot.

c l.12. l.2. ubi & ratio. ff. d.tit.

d Ut si repudiata sit propter adulterium, cui lenocinium mariti causam non præbuit. l. Lucius.38. & seq. sol. mat.

e l.unic. §. accedit 13. in fin. C. de rei ux. act.

f d.l. unic. §. accedit. l.9. in fin. C. de pact. dot.

g d. l. un. d. §. accedit, nam quam quisque legem in traditione rei suæ dixit, eam servare oportet. l.10. C. de pact. ex intervallo verò interposita pacto nihil agit. d.l. ac ne stipulatio quidem. l.29. sol. mat. nisi ad hoc, ut si consensu mulieris interposita fuerit, eâ in matrimonio sine liberis mortuâ, actio stipulanti quæratur, l. post mortem, 40. d. tit.

h Ne & filia amissa & pecuniæ damnum sentiret. l. 6. ff. hoc tit. l.4.C. sol. mat.

habuerit, an non habuerit, dummodò dos de bonis ejus profecta *i* sit. Patre autem antè mortuo, sicut filiæ solius manet dotis exactio, ita mortuâ deinde filiâ, ad heredes filiæ *k* trânsmittitur. Planè si proponas avum pro nepte ex filio dotem dedisse, cumque primò, deinde & neptem stante matrimonio decessisse, æquissimum est dotem redire ad patrem, propter quem filiæ nomine datam esse credendum est *l*.

Quod si pater dotem dederit pro filia, quam in potestate habet, hîc propè omnia commutantur, sive in dote danda caverit sibi eam reddi; sive simpliciter dotem dederit. Si caverit stipulatione interpositâ, actionem dotis propriam suam facit: pactus tantùm, quamvis in continenti id faciat, nihil agit: quoniam & sine pacto actionem dotis profectitiæ habet, quam conventione simplici non creditur *m* innovare. Minùs igitur hîc tribuitur patri, quam cuivis extraneo. Contrâ aliâ parte plus patri datur, quam extraneo: nam pater etiâ *n* ex intervallo rectè stipulatur ante nuptias, cùm prius dotem dedisset, extraneus non item, nisi consentiente muliere. Quod si pater stipulationem non interposuit, sed simpliciter dotem dedit, aut tantùm pactus est, dos inter patrem & filiam communis erit, non utique jure dominii, sed jure petendi, ut patri quidem jus sit agendi, sed non nisi ex voluntate & *o* consensu filiæ. Duæ igitur partes hîc spectandæ, petitio patris; & consensus filiæ. Ad petitionem quod attinet, quamdiu filia est in potestate patris, sólus pater experitur *p*, non filia: exceptis *q* duobus casibus: unus est, si pater absit, nec quisquam ejus nómine experiatur: alter, si pater præsens ipse agere nolit. Sed ut maximè pater dotem petat,

i l. 5. in pr. & §. pen. ff. h. tit. Observandum igitur dotem profectitiam in hoc distare à peculio profectitio, quod dos profectitia etiam ea dicatur, quã parens non debitam, pro filia emancipata dedit, quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit. d. §. pen.

k d. l. un. §. maneat. 4. abrogato jure veteri, quo apud maritum remanebat, exclusis & filiæ & patris heredibus. Ulp. in frag. tit. 6.

l Sicut à Celso responsum est in l. 6. ff. de collat.

m l. Quoties 29. solut. mat. l. 6. C. h. tit. stipulatione n. novatio fit, non pacto, l. 1. de nov.

n d. l. 29. differentiæ ratio peti potest ex d. l. un. §. accedit. junct. l. 10. de spons. quod si pater consentiente filia ex intervallo stipulatur fit. idem servabitur, quod in hujusmodi stipulatione extranei. l. post dotem. 40. sol. mat.

o l. 2. §. 1. l. 3. d. tit. dos a. ipsa semper in solidum acquiritur filiæ. l. 3. §. ergo. 5. de min.

p d. l. 2. §. 1. Hoc ideo, quia interest patris filiam dotatam habere, & recipiendæ aliquando dotis spem. l. pater. 71. de evict.

q Quorum prior est in l. 22. §. 4. & §. soluto. 10 sol. mat. alter in Nov. de æqual. dot. 97. §. ult.

placet

placet eum ex consensu filiæ petere debere, qui consensus spectetur tempore litis † contestatæ. Consensum autem filiæ hîc accipimus, non ut apertè consentiat, sed ne r contradicat. Quinimò & contradicens sæpè pro consentiente habetur: quod tum fit, quando justam contradicendi causam non s habet. Utriusque igitur voluntas hîc exquirenda. Proinde si dos soluta sit patri citra voluntatem filiæ, aut filiæ citra consensum patris, neuter alterius conditionem deteriorem t facit. Sed nec hæ partes sunt perpetuæ. Primùm in vitâ filiâ dotis exactę duobus casibus denegatur repetitio: uno, si pater eandem dotem alii viro filiæ nomine dedit; quo casu filia dotem petens doli mali exceptione repellitur: altero, si filia à patre, aut ex hereditate paterna, aut ex legato tantum accepit u quantum dotis nomine debebatur à marito: Hic enim dotem placet cum legato compensari. E converso, si dos filiæ soluta sit sine voluntate patris, duabus item ex causis receptum est, ut patri denegetur actio: una x est, si dos filiæ soluta quovis modo ad patrem redierit: altera, si dos restituta sit filiæ, ex iis causis, ex quibus constante matrimonio filiæ solvi potest. Sed hæc ita habent, si filia soluto matrimonio erit in potestate patris: sui juris effecta sola habet dotis repetitionem y.

Datur actio hujus obligationis propria adversus z maritum tantum. Socer & similes, qui dotem acceperunt, tenentur condictione sine causa. Per consequentiam autem & pater tenetur, cujus filiæ nomine, quã in potestate habet, dos data est, sed communibus actionibus, quod jussu, de in rem verso, de peculio †.

Rerum, quæ in restitutionem dotis veniunt, duo sunt genera; dos ipsa; & commoda dotis. Dos aut ipsa restitui debet; aut aliud pro ea. Ipsa dos, si res a certa, non æstimata in dotem data est. Aliud duobus casibus;

† d. l. 2. §. 1. junct. l. 22. §. ex eo autem. 5. sol. mat.
r d. l. 2. §. ult. quod benigniter receptum, tum ob utilitatem filiæ, tum ob reverentiam patri debitã, patrisque in liberos affectum.
s d. l. 22. §. nec non. 6. l. si dotem. 37. solut. mat.
t l. 3. d. tit. arg. l. solvendo. antep. de neg. gest.
u Hic casus est in l. 4. superior in d. l. 22. §. 1. sol. mat.
x Tradita in d. l. 3. sicut ea, quæ sequitur in l. 20. & seq. d. l. 22. §. 3. sol. mat.
y Quocunque modo exierit de potestate. d. l. un. §. videamus. & §. ult. l. quãvis. 42. d. tit. apud nos pro nuptias patriam potestatem solvi alibi monuimus.
z In cujus solius persona verè dos est.

olim rei uxoriæ actio, hodie ex stipulatu. d. l. un. † d. l. 22. §. transgrediamur. 12. l. filiofa. 51. sol. mat. a l. æstimatis. 50. sol. mat. l. in rebus 17. ff. hoc tit. de jur. dot. etsi aliena data sit. l. 12. sol. mat.

bus; si aut res pondere, numero, mensurâ constantes datæ sint, simili planè jure & obligatione, qualis est in *b* mutuo; aut si aliæ quidem res, sed æstimatæ, quo casu emptio contrahitur, ipsaque æstimatio velut pretium venditionis actione ex vendito soluto matrimonio *c* præstanda est. De commodis dotis ex periculo statuendum est. Ubi igitur dos ipsa debetur, periculum omne mulierem respicit: maritus præter dolum & culpam, eamque, quã in *d* suis rebus adhibet, diligentiam, nihil præstat: aliæ res periculo *e* mariti sunt: quod utrumque comprehensum est certissimis juris *f* regulis, quæ traditæ sunt, de periculo & interitu rerum debitarum. Ex his jam de commodis dotis sic statuemus; Commoda hæc non restitui tunc, cum periculum dotis ad *g* maritum pertinet: aliarũ *h* rerum, quas periculo uxoris esse diximus, commoda dotem augere, ac proinde in restitutionem venire, exceptis fructibus, quos marito acquiri placuit, pro oneribus *i* matrimonii: non diutiùs tamen, quam pro eo tempore, quo matrimonium stetit: antè vel post perceptos omnes restitutione obnoxios esse *k*.

Actiones, quæ harum rerum obtinendarum causâ comparatæ sunt, videamus. Extraneo dotem danti, sibique reddi stipulanti competit actio ex stipulatu pacíscenti præscriptis *l* verbis. Mulieri vetus actio in personã fuit rei uxoriæ, cui substituta est actio ex stipulatu,

b Ut & periculo mariti sint. l. res in dotem. 42. ff. hoc tit.

c l. 10. §. 4. ff. l. 5 & 10. C. eod. si tamen nominatim convenerit, ut res ipsa, si extarent, redderẽtur, servanda est conventio. d. l. 50. nec eo minus, si perierunt, æstimatio præstanda. l. 21. C. h. tit. Si convenerit, ut aut res aut æstimatio redderetur, in dubio electionem dabimus marito. *d l. 10. §. ult. Scip. Gent. de æstim. rer. in dot. dat.*

d l. in rebus 17. hoc tit. l. 18. § 1. l. si constante 24. §. si maritus. 5. l pen. sol. mat. At cur à marito non exigimus majorem diligentiam, cum utriusque utilitas versetur? l. 5. §. 2. commu nimirum quia maritus socius est: socii a. culpa non dirigitur ad exactam diligentiã. §. ult. Inst. de soc. *e d. l. res in dotem. 42. ff. hoc tit.* *f Præter quas nihil hic constitutum, inspiciantur in transcursu hi loci. l. 5. de reb. cred. l. 23. de V. O. l. 23. de R. I. l. quæ fortuitis. C. de pign. act. l. incendium. C. si cert. pet.* *g d. l. reb. in dotem. 42. l. 10. C. h. tit. l. un. §. cumq; 9. C. de rei ux. act. idq; conveniens est regulæ naturæ. l. 10. de R. I.* *h Quales sunt, quæ vel extrinsecus accedunt. exempl. in l. 4. & l 10. §. 1. eod. vel quæ ex re nascuntur, sed non sunt in fructu, ut arbores non caduæ. l. 7. §. si fundum. 12. sol. mat. partus ancillarum d. l. 10. § 2. vel quæ per servos dotales quæsita sunt neque ex re mariti neque ex operis eorum. l. 58. sol. mat & si qua sunt alia generis ejusdem.* *i l. 7. ff. l. pro oneribus. 20. C. h. tit.* *k l. 5. & seq. l. ult. sol. mat. l. 7. §. 1. h. tit. d. l. un. §. cumq;. Hinc disputatio illa Ulp. proposita ex Papin. in l. 7. §. 1. sol mat. de divisione fructuum. si matrimonium primo aut novissimo anno nondum exacto solutum sit, qua de re consule Duar. ad d. loc.* *l d. l. unic. §. accedit, 13. C. de rei ux. act.*

pulatu,

pulatu, in quam *m* quatuor singularia animadvertenda. Primum, quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non sit, nihilominùs tamen propositam ei esse actionem ex stipulatu, non secus, ac si stipulatio intervenisset. Secundum, ex stipulatu actionē, quæ ex cæteris causis stricti juris est, in hac repetitione esse *n* bonæ fidei. Tertium, adjunctam esse huic actioni tacitam bonorum omnium mariti hypothecā. Quartum, in hac ipsa hypotheca mulierem omnibus aliis creditoribus anteponi, licet anterioris temporis privilegio *o* vallatis. Marito hoc tribuitur, ut non condemnetur, nisi in id, quod facere potest. Est & mulieri in rem actio, quâ rem suam vindicare à quibuscunque possessoribus potest, posthabitâ omni creditorum prærogativâ: sed huic actioni tunc solùm locus est, cum species certa in dotem data repetitur *p*.

Sed quid? nihilne ex adverso à muliere marito ex hac obligatione prębstandum est? Sanè verò est: quanquam id aliis actionibus petatur. Primum fructus, si his stantibus fundum mulier recepit, & pro portione debita marito *q* cavit: nā fructus pendentes tempore soluti matrimonii dividi debére inter maritū & uxorem placuit. Impensarum quoque in res dotales factarum ratio habetur, & siquidem in *r* perpetuam dotis utilitatem cesserunt, deducere eas maritus potest. Quæ verò ad fructum præsentis anni causâ factę sunt duntaxat, cum fructibus *s* compensantur: si fructus dividendi, priùs quod impensum est *t*, deducitur. Re-

m Comprehensa in d. l. unic. & §. fuerat. 29. Inst. de act.

n Cujus rei commoda E. G. ut usuræ ex mora debeantur, d. l. un. §. cū autem, vers. ex actio. sicut in cæteris bonæ fid. judiciis, l. mora. 32. §. 2. de usur. item ut dolus jurejurando in litem coërceatur l. 25. §. 1. sol. mat. l. 5. de in lit. jur.

o Ut loquitur Imp. in l. ult. C. qui pot. in pign. id est. simili privilegio juris munitis, sive tacitam, ut loquūtur, anteriorem habentibus, ut rectè hoc interpretatur Don. ibid. Addens insuper, etsi cōtrarium constitutū esset.

tamen officium esse boni principis eam l. abrogare, & rectè. Quid n. iniquius, quam jus, quod quis suâ vigilantiâ sibi peperit, ei sine culpa sua auferre? sed & rescriptum est, non esse moris principum, beneficia tribuere in alterius injuriā. l. 4. C. de emanc. lib non desunt tamen, qui etiam expressam anteriorem habentibus mulierem præferunt, vid. allegatos à Treutl. disp 24. thes. 7. part. 2. p *l. in rebus. 30. C. h. tit. vid. Gom. in l. Tauri 50. & seq. cessat item hic beneficium mariti.* q *l. 7. §. interdum 15. sol. mat. at quâ actione? ex stipulatu aut præscrip. verb. omissâ cautione nulla horum fructuum repetitio est. arg. l. 11. C. de rei vind.* r *l. 3. de imp. in rem dot. deq; hujusmodi impensis accipiendum est, quod veteres dicunt de deminutione dotis. l. pen. d. tit.* s *l. 7. §. ult. sol. mat. l. 3. de imp. in rem dot.* t *Deinde reliquum dividitur. d. l. 7. in pr.*

liquæ

liquæ impensæ *u* necessariæ in ea causa sunt, ut eas maritus, suo sumptu facere debeat. De utilibus sic jus est, ut eas consequatur, si aut voluntate mulieris factæ sint, aut *x* aliunde solvi possint. Impensarum autem consequendarum nomine nulla est, ut *y* olim, dotis retentio; sed consequitur eas maritus aut *z* actione mandati, aut negotiorum gestorum. Voluptariæ impensæ, si separationem recipiunt, tolli sine rei dotalis damno possunt †.

u Cujus generis quales sint cognosces ex l. pen. & ult. ubi hoc traditur.

x Ne alioqui cogatur mulier rem vendere. l. 8. de impens.

y d. l. 8. & seq hoc amplius placebat necessarias impensas ipso jure dotem (non corpora dotalia) minuere: ut ubi pecunia esset aut res æstimata in dotem data, ibi deminutio fieret per compensationem, ubi corpora per retentionem. l 5. pr. d. tit. sed & solutâ dote omissæ condici poterant. § 2. d. l.

z d. l. un. §. taceat 5. compensationē tamen cum pecunia sublatam esse non dixerim. vid. Pac. 5. quæst. 60.

† l 9. de impens. d. l. un. d. §. taceat. Genera impensarum satis dilucidè explicantur in d. tit. de imp. in rem dot.

CAP. XXVI.

De donatione propter nuptias, & sponsalitia largitate.

PRoxima est, atque affinis doti, donatio propter nuptias: nam sicut uxor dat viro dotem tam ante, quam post nuptias, ita maritus etiam contracto jam matrimonio ad remunerandam dotem, rectè donat *a* uxori. Sic igitur donatio hæc definiatur. Donatio propter nuptias est, quâ res à marito uxori datur, ut ejus fiat, idque propter nuptias ad compensandam dotem. Datur propter *b* nuptias similiter ut dos: cui consequens est, ut matrimonio aut non *c* secuto, aut dissoluto, repeti res donatæ possint: nisi aliud placuerit. Effectus hujus donationis præcipuus hic, quod dos mulieri sit cautior: datur enim, ut ipsius interim fiat: proinde & *d* vindicare eas res potest: & si fortè maritus dotem consumpserit, ipsa res mobiles donatas possidere & sibi custodire non *e* prohibetur: ut in omnem eventum magis prospiciatur mulieri hac do-

a l. ult. C. de don ant. nupt. §. est & aliud. 3. Inst. de don.

b d l. ult. & quoniam etiā constante matrimonio fieri atque augeri potest, non ante nuptias, sed propter nuptias eam appellari Inst. voluit. d. l. ult. & d. §. 3.

c Nec enim magis, quam dos, sine matrimonio esse potest. d. l. ult.

d Vindicatio in hac donatione nominatim mulieri tribuitur Nov. ut immob. ant. nupt. 61. c. 1. auth. permissa. C. hoc eod. tit.

e l. ubi adhuc 29. C. de jur. dot. & sicut uxor sine causa divertens dotem, ita maritus hanc donationem amittit. l. 8. C. de repud.

natio-

natione, quam hypothecariâ in bonis mariti. De fructibus rei donatæ dubitatum utri acquirantur. Sed humanius est, & æquitatis ratione magis subnixum, ut maritus fructus percipiat, alioqui commodo dotis *f* cariturus. Apparet autem donationem hanc non esse simplicem, quales inter virum & uxorem jure civili prohibentur, sed quasi *g* ἀντίφερνα posse intelligi. Conventio hic eadem, quæ in dote: Hinc restituendi obligatio (sed quæ ex re tradita initium capiat) & actio marito in personam adversus mulierem ad res donatas soluto matrimonio repetendas, in qua repetitione eadem omnia locum ✝ habent, quæ in restitutione dotis, si privilegia exceperis. Sed & in rem actio, exemplo dotis *h*, marito competit. In summa dos & donatio propter nuptias communem habere *i* dicuntur substantiam & æquis passibus ambulare. Est & aliud genus donationis, quæ sponsalitia dicitur, quæ ab illa nuptiali plurimum *k* differt. Illa etiam fit inter conjuges, hæc inter sponsos tantùm. Illa soluto matrimonio condicitur, hæc vera est perpetuaque donatio, quæ nisi ob ingratitudinem non revocatur: tacitam tamen conditionem habet, si nuptiæ sequantur. Hanc doti æqualem esse necesse non est, illa doti & in pactis & in quantitate respondere *l* debet: quanquam hanc exæquationem jam pridem repudiavit publica *m* consuetudo.

f Arg. d. l. 29. Hot. ad d. §. 3. Duar in rub. sol. mat. ad h. tit. Gomes. ad l. Taur. 50. & seqq. n. 11.

g Id est, ea quæ vice mutua pro dote dantur. d. l. ult. C. h. tit.

h Quasi res donatæ permanserint in ejus dominio. exemplo dotis arg. d. l. ult.

i Id quod satis arguit tit. C. de donat. prop. nupt. & sponsalitiis. vid. porrò l. 1. in fin ff. de don. l. 12. l. cum veterũ. 15. & l. si à sponso. seq. C. hoc tit. adde insuper Duar. in rub. sol. mat. c. de sponsal. donat. Tuning. ad §. 3. Inst. de donat.

k Nov. de æqual. dot. & dot. propt. nupt. 97. *l Et doarium seu dotalitium recipimus. quod moribus nostris mortuo marito acquiritur uxori.*

CAP. XXVII.

De repetitione rerum ob causam præteritam datarum: in quo est & condictio indebiti.

Atque hoc primũ genus est eorum contractuũ, qui resiunt, in quo genere res eadem restituenda est, quæ data erat, conventione non quidem verbis expressa, sed nomine contractus inclusa: ut proinde

vim & potestatem nominum ex uniuscujusque definitione nosci oportuerit. Alterum genus erat, in quo citra verbi significationē conventio de eadem re reddenda ex mente contrahentium colligitur. In hoc genere sunt duo; data ob caūsam, quatenus de his repetendis agitur; tum precarium. De repetitione ob causam datorum duplex est quæstio; una de causa repetitionis; altera de ipsa repetitione. Principiò ut est causa dandi, ita vel datur vel cessat repetitio. Datur aut ob causam *m* præteritam; aut ob futurā. Causa præterita est aut voluntaria, quæ dantem non obligat, etsi vera sit; aut necessaria, quæ, si vera est, dandi necessitatem adjunctam habet. Ob causam voluntariā præteritam quod datum est, non repetitur, quia nullo jure cogente *n* datur; ut puta dedi tibi 10. hac ratione adjecta, quia negotia mea benè curasti; sive *o* vera sive falsa causa deprehēdatur, datum non repeto: secus tamen est, si causa *p* conditionaliter enuncietur: ita enim jus est in falsa causa ultimis volūtatibus *q* adjecta.

Quod ob causam necessariam præteritam datum est, seu ita datum, tanquam debitum esset, ita repeti non potest, si causa, ob quam datum est, vera fuit: sin falsa, repeti potest certis conditionibus. Actio in eam rem condictio *r* indebiti, id est, indebiti soluti repetitio. Summa juris de hac condictione hæc est; Indebitum per errorem facti solutum repeti potest. Definitio hæc quatuor continet, quæ totidem si concurrunt, repetitioni locus est: si quid horum deest, cessat dati repetitio. Primum est, ut quid sit solutum, sive *s* naturaliter datum & præstitum solutionis causâ, tanquā debitum. Hoc eo pertinet, tum ut intelligatur, si qua hîc obligatio contrahitur, eam re con-

m In l. damus. 52. de cond. ind. & l. 1. de cond. ob turp. distinctio his verbis exprimitur, ut dicatur, omne quod ita datur, aut ob causam dari, aut ob rem, ob causam sc. præteritam, ob rem futuram, verbis per se generalibus ad species docendi gratiâ contractis.

n d. l. 52. l. in summa. 65. §. 2. de cond. ind. quippe donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. l. donari. 82. de R. I.

o Si vera, etiamsi turpis, non repeto. l. 5. C. de cond. ob turp. C.

p Nam talis enuntiatio causam finalem continet. ac de ea demum accipiendum est. quod vulgo dicitur, cessante causâ cessare effectum l. 32, de pact. ad superiorem illam quæ tantum impulsiva est, hoc non pertinet. l. 2. §. ult. junct. l. 3. de donat. q *§. longè. 31. Inst. de leg. l. 17. §. pen, de cond, & dem. dixi c. 54. lib. superioris.* r *De qua sunt titt. in ff. & C. de cond. ind. extat a. subjecta definitio in §. 1. Inst. quib. mod. re cont. obl. l. 1. C hoc tit. l. 6. & seq. ff. eod.* s *Id enim significat verbum (solvere) l. soluta. 49. de sol.*

trahi,

trahi, tum ut hac notâ species hæc distinguatur à *t* superiore, in qua quod datur, datur ob causam quidem præteritam, sed voluntariam. Secundum est, ut sit indebitum. Debiti soluti, sive civiliter & *u* efficaciter debeatur, sive *x* naturâ tantùm, nulla est repetitio. Naturaliter autem debitum hîc accipimus, quod ex *y* eâ obligatione naturali debetur, quæ veræ & efficacis obligationis effectus omnes habet, demptâ unâ actione. Indebiti duo genera. Unum, quod omninò non debetur; cujusmodi est cum aut nulla præcessit debendi causâ, aut quæ præcessit, jure inutilis est, ita ut nec naturâ ęquum sit deberi, puta si aut promissum nō est, aut promissum inutiliter, vel si quid sub *z* conditione debetur. Alterum, cum quid jure civili peti potest, sed actio per exceptionem perpetuam, ejus, cum quo agitur, causâ comparatam infirmatur. Duo hîc exigimus. Primum, ut sit exceptio perpetua, quales sunt, quæ à Justiniano *b* enumerantur, quod metus causâ, doli mali, pecuniæ non numeratæ, pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi: temporalis *c* exceptio nihil auxiliatur repetitioni. Secundum, ut exceptio comparata sit ejus, unde petitur, gratiâ, non in odium ejus, cui debetur *d*. constituta. Qui exceptionem habet non sua causa, sed in odium creditoris cōstitutam, vel quod idem est, pœnæ causa ejus, cui debetur, perperam solutum repetere non potest, nempe ideò, quia naturalis obligatio *e* manet. At quæ sunt

t *Item à transactione, in qua quod datur, non datur tanquam ante debitum, sed ob causā futuram, nempe ut à lite discedatur. l. 1. de trans.*
u *De civili debito nulla dubitatio esse potest. si purum est. l. cedere diem. 213. de V.S. at quid si in diem? & ne id quidē repeti posse disertè scriptū est in l. 10. §. h. tit. quoniam & nunc debitum est, & certum est futurum, ut postea exigi possit. De intérusurio a. medii temporis, an id saltem repeti possit, quæsitum est, & cum hac condictio sit ex bono & æquo ne alter cum alterius jactura locupletetur, putarem rectè defendi posse saltem in tantum accipientem teneri, in quantum locupletior factus est. arg. l. 14 & l. pen. ff. hoc tit. junct. §. si quis agens. 33. vers. plus a. [...] de act. vid. & quæ ex Ias. notat. Got. ad d. l. 10.*
x *Sicut innumeris locis traditum est, l. 13. l. si pœna. 19 l. frater. 38. hoc tit. l. 9. in fin. & l. seqq de SC. mac.*
y *Alioqui secus est finge pupillum, quod sine tutoris auctoritate promiserat, solvisse, dicimus esse repetitionem, l. quod pupillus. 41. ff. hoc tit. l. pupillus. 59. de O. & A. sc. quia naturalis pupilli obligatio, in re, quæ pupillo noceat, juris civilis auxilio in totum destituitur, eoq; intuitu ne naturâ quidem debere dicitur in dd. loc. recole c. 2. sup.*
z *l. 16. ff. eod. Dies verò incertus, quem certum est venturum esse, conditionem non facit. d. l. 16. & 2. seq. eod.*
b *Inst. de except. in pr. & deinceps.*
c *Qualis est, si convenerit, ne intra certum tempus peteretur. §. temporales. Inst. d. tit. add. l. 8. & seq. h. tit. d. l. qui exceptionem. ff h. tit. l. 9. in fin. de SC. Mac.*
e *Ratio reddita in d. l. 9. in fin. & in l. seq. de SC. Mac. item in l. si pœna. l. 19. hoc tit.*

illæ

istæ exceptiones, quas reorum causa, non in odium creditoris comparatas dicimus? Dicendum est in hac causa esse omnes, quæ à Justiniano proponuntur, & si quæ sunt aliæ, excepta una senatusconsulti Macedoniani: quod verbis senatusconsulti disertè est expressum. Explodatur igitur eorum error, qui præter illam Macedoniani etiam duas alias excipiunt, exceptionem doli, & rei judicatæ *f*.

Tertium exigimus ad causam soluti repetendi, ut indebitum solutum sit per errorem. Si quis sciens solvit *g*, cessat repetitio, nisi solverit hac conditione, ut, si apparuisset esse indebitum *h*, reddatur: cujus enim per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati *i* donatio est: donati autem repetitio nulla. Quid si titubante animo solutum sit? Placuit dubitanti non minus, quam erranti *k*, repetitionem dandam. Postremum est, ut solutum sit per errorem facti, non juris. Per errorem facti solvit, qui putat *l* causam debendi præcessisse, quæ nulla præcessit: neque hîc locum habere potest error juris. Quod si præcessit causa, sed quæ aut ab initio non constitit, aut propter exceptionem postea natam effectu caruit, adhuc dicimus errorem facti esse, si is, qui solvit, factum illud, propter quod non debuit, ignoravit: sin scivit, & nihilominùs putavit se debere, jam in jure errat: cui errori, cùm apertissimis *m* locis denegetur repetitio, certum est eos locos, in quibus simpliciter & generaliter definitur, solutum per errorem repeti posse, dè errore facti esse *n* accipiendos. Et verò meritò in omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia habetur: cùm jus finitum sit, & tale, quod scire omnes & possunt & debent: facti autem interpretatio

f Quem utramque earum numero disertè adscribit Justinianus, quæ reorū defendendorū gratiâ comparatæ sunt. §. 1. & 5. Inst. d. tit.

g l. 1. l. judex. 28. ff. l. indebitum. C. hoc tit.

h Tum enim negotium cōtractum est inter dantem & accipientem. l. 2. ff. eod. l. 7. C. de cond. ob ca. dat.

i l. cujus. 53. de R. I. junct. l. 6. & d. l. 7. C. d. tit.

k l. ult. C. hoc tit. neque n. dici potest, dubitantem aut animum habere donādi, aut trāsigere voluisse, nullo retento aut promisso. Duar. c. 3. hoc tit.

l Generaliter error facti dicitur, cum aut quod factum est, factum nescitur, aut quod factum non est, factum putatur, contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hîc sibi jure tribuatur, is in jure errat, res exemplis declaratur in l. 1. ff. de jur. & fact. ign. vid. c. 5. in Aditu. *m l. error. 9. C. ad l. falc. l. cum quis. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 9. §. si quis jus. vers. quod si ideo. ff. eod. tit. item in l. 6. & 7. C. h. tit nominatim datur condictio hac conditione, ꝑ solutum sit per errorē facti.* *n Vid. Baron. ad §. 1. Inst. quib. mod. re. cond. obl. Duar. d. c. 3. Pet. Fab. ad l. 53. de R. I.*

plerum-

plerumque etiam prudentissimos *o* fallat. Sit igitur hoc positum, indebitum per errorem facti solutum repeti non posse. Una tantùm hujus regulæ exceptio est in iis causis, ex quibus actiones in inficiantem duplicantur. Sic namque *p* veteres definierunt, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis solutum per errorem repeti non *r* posse. Hujusmodi causæ sunt *q* tres; actio depositi miserabilis; actio damni injuriæ, actio legatorum ecclesiis, xenodochiis, aut aliis locis pietatis aut religionis intuitu relictorum. Porrò non est ignorandum, regulam de errore juris conceptam non pertinere ad eos, quibus jus ignorare permissum est, ut sunt minores, fœminæ, milites, rustici: de quibus dictum est in Isagoge.

Constitutâ ex suis causis indebiti repetitione, videamus unde nascatur hæc obligatio, & traditum est eum, qui indebitum solutum per errorem accepit, re obligari, & de eadem re restituenda teneri actione condictitiâ, perinde ac si mutuum *s* accepisset. Conventio ex mente dantis & accipientis ratione colligitur. Nam qui indebitum solvit, verbo solvendi significat se, quod dat, ideò dare, quia est debitum: ac proinde sub conditione, si est *t* debitum, si non est, dare nolle. Qui accipit, ea conditione accipere existimatur, ut alienum nihil injuria apud se esse patiatur. Quæ res mutuum consensum & *u* conventionem efficit. Et hoc est, quod Julianus ait, eum, qui indebitum solvit, hoc ipso aliquid negotii *x* gerere. Si igitur obligatio indebiti nascitur ex negotio inter solventem & accipientē gesto ita, ut initium ex re data & tradita capiat, non ineleganter defendi potest, cōdictionem hanc esse ex contractu, interque eos con-

o Sicut Neratius respondit in l. 2. ff. de jur. & fact. ign.
p l. 4. C. hoc tit. §. ult. Inst. de obl. quæ quas. ex cont.
q Comprehēsa in §. sed furti. 26. Inst. de act. add. l. 1. §. 1. depos. l. 23. §. hac actio. ad l. Aquil.
r Quasi quod ante confessionem debitum nō erat, ex confessione sola deberi incipiat. Quicunque igitur debitor ex his causis re parùm prudēter perpensá, ut periculū dupli quasi trāsigendo â se amoveat, cōfessus erit, id ipsum suæ temeritati adscribere debet.
s In §. 1. Inst. quib. mod. re cont. oblig.
t Quæ conditio naturâ in hoc verbo inest: cùm non possit solvi, nisi quod debetur.
u Nec movere debet, quod conventio non exprimitur: siquidem non minùs valet, quod tacitè agitur, quam quod verbis nuncupatur, l. 4 de pact. l. 3. de reb. cred. idque in hac ipsa causa respondit Pomp. in l. 14. §. 2. com.
x Id est, cum eo, cui solvit, negotium contrahere, ex quo nascatur obligatio, l. si in area. 33. ff. hoc tit. idq; perpetuò significant IC. cum dicunt, negotium invicem geri. l. 17. §. 3. comm. l. 15. in fin. de præs. verb. eum a. etiam Iuliani sensum esse in d. l. 33. plus quam manifestum est.

tractus referendam, qui re perficiuntur: quod & à priscis juris auctoribus factum esse, & ab ipso Justiniano *y* constat: quamvis is in Gaji sententiam magis propendeat, qui eam ex quasi contractu descendere opinatur, nimirum spectans non quod reverà est, sed quod videtur, animum nempe & cogitationem distrahendæ *z* obligationis: at verendum, ne hunc animum spectare nos vetet & ratio erroris facti & sententia solventis. Nunc cui, adversus quem, qua de re condictio competat videndum.

Datur ei, qui nō debitum solvit suo nomine. Quod si tutor nomine pupilli, fidejussor nomine promissoris, procurator, cui specialiter mandatum erat, nomine domini, indebitum solverint, pupillo, promissori, domino condictio *a* dabitur. Interdum & alii, quâ ei, qui suo nomine solvit, datur; veluti si ex testamento quid solutum sit ab eo, cui hereditas deinde evicta est, quo casu condictio acquiritur *b* iis, ad quos hereditas rediit. Is hac condictione tenetur, cui pecunia quoquo modo soluta est: sed si alii soluta est nomine & mādatu meo, ego *c* tenebor. Veniunt in hanc repetitionē & res principalis debita, & accessiones. Res debita aut est eadem, aut alia. Eadē semper condici potest, si extet, aut is, qui accepit, ex ea *d* locupletior factus sit: si amissa est ante moram aut deterior facta, quamvis *e* facto accipientis, dantis detrimentum est. At verò si natura rei non patitur eandem rem, quæ soluta est, restitui, aliud condici debet. Non patitur tum in operis indebitis patrono per errorem solutis, in quibus æstimationem condici *f* placet; tum in rebus, quæ pondere, numero, mensurave *g* constant, quarum natura hæc est, ut eorum dominio translato, reddatur tantundem. Cui jam & illud consequens est, ut periculum harum rerum transeat in accipientem. Duabus

y Ex collocatione tit. ff. & C. de cond. ind. & d. §. 1. Inst. quib. mod. re cont. obl.

z Quodq; is, qui indebitū solvit, non hâc mente pecuniā det, ut accipientem obliget. sed huic objectioni in re simili ex professo occurrit Pomp. d. l. 14. §. 2. commod. nempe earum non esse, ut extra id, quod agitur, tacita nascatur obligatio: exemplo hujus condictionis.

a l. cum indebitum. 57. l. indebitum. 47. l. 6. in pr. hoc tit.

b Aut pupillo minorivè, qui se abstinuerunt, l. 2. 3. 4. 5. eod.

c l. 6. junct. l. his solis, 49. eod.

d l. si non sortem, 26. §. libertus, 12. illic, ut puta fundum.

e Puta si servum acceptū manumiserit, minimovè distraxerit, d. §. libertus, multo. igitur magis si res casu perierit, pretium tamen rei distractæ restituendum est, ut mox dicetur.

f d. l. si non sortem. §. libertus.

g Quod non obscurè significatur in l. 7. eod.

rebus

rebus disjunctim promissis, si debitor ignorans utrumque simul solverit, utram velit, ipse *h* repetet: quoniam & ab initio, utram vellet, solvendi electionem habuit. Quid ergo si pro re debita, alia majoris pretii aut quantitatis soluta sit? Si pars commodè recipi potest, pars duntaxat repetenda est, veluti si res solutæ, pondere, numero, mensurâ constant, aut fundus æstimatus: sin fundus aut res similes non æstimatæ solutæ erunt, totum, quod datum est, repeti debet, ne alter injuriâ afficiatur *i*.

Præter rem ipsam debitam & accessiones in condictionē veniunt. Accessiones generaliter accipimus ea omnia, quæ ad eum, cui indebitum solutum est, ex re soluta *k* pervenerunt. In quo duo singularia. Primum; quod in hanc actionem fructus veniunt jam inde ab initio, ex quo sunt percepti: cùm in cæteris causis non veniant, nisi ex mora, ac ne ex mora quidem in *l* strictis judiciis. Alterum quod pretium rei distractæ, licet ea ante moram perierit, restituendum est; aliter, atque ex cæteris † causis. quippe cum hæc condictio ex bono & æquo introducta sit, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur *m*, revocare consuevit. Non ultra tamen condictio competit, quam quatenus is, qui accepit, locupletior *n* factus est. Qua de causa nec usuræ, ne ex tempore quidem litis *o* contestatæ hoc judicio præstantur.

h Ulpianus & alii veteres creditori arbitrium dabant, cujus sententiæ tenue vestigium apparet in d. l. si non sortem, §. si decem. 13. sed Iust. contrariam Papin. & Iuliani sententiam confirmavit; l. pen. C. hoc tit.

i Quod à.datum est, retinebitur, donec debita pecunia solvatur; extat hæc distinctio ejusq; ratio in d. l. si non sortem, §. 4.

k Exempla passim obvia in hoc tit. l. 15. d. l. si non sortem. §. libertus. l. in summa. 65. § pen.

l d. l. 15. junct. l. videamus. §. si actionem. 7. de usur.

† d. l. si non sortem. § libertus, junct. l. venditor. 21. de her. vel. act. vend.

m l. pen. hoc tit. In cæteris a. causis petimus aut quod nostrum non fuit, aut si fuit, ad alios ex justa causa consensu nostro pervenit, quod innuitur in d. l. 38. §. 7. de usur.

n Puta ut fructus restituat, sed eos tantùm, quos percepit. d. l. 15. item pretium, quod consecutus est. etsi eam minimo vendidit, d. l. si non sort. §. libertus.

o l. 1. C. hoc tit. ubi vid. quæ tradit Gloss.

CAP. XXVIII.

De repetitione datorum ob causam futuram, eamque non inhonestam

EST, ut proposui similis quædam obligatio in iis, quæ dantur ob causam futuram: nam & in his, si

causa secuta sit, cessat repetitio: si non sit secuta, locus est repetitioni. Obligatio ex re, eademque multò magis ex contractu, quam superior. Sed neutrum illud perpetuum est. Causa futura vel est non inhonesta, vel turpis. Si quid ob causam futuram non inhonestam datum est, eâ secutâ non contra *p* voluntatem dantis, repetitio cessat: contrà, si non secuta sit causa, repeti *q* potest. Ut igitur repetitioni locus sit, quatuor exiguntur; ut quid datum sit; ut ob causam futuram; non inhonestam; non secutam. Datum hîc accipimus, sive quid naturaliter detur, sive debitum *r* remittatur. Causam futuram intelligimus aut verbis expressam, aut ipso nomine dati comprehensam; exempli gratiâ, cum dos sponso datur: hîc etiamsi nihil adjiciatur amplius, tamen verbo dotis intelligimus subesse conditionem, si nuptiæ sequantur: ideoque nuptiis non secutis rectè placet dati esse *s* repetitionem, quasi causâ datâ, causa non secuta. Causam non inhonestam esse oportet: nam ob turpem *t* causam quod datum est, etiam causa non secuta sæpe repeti non potest. Postremò exigitur, ut ne causa secuta sit. Causæ non secutæ duplex est consideratio: aut enim non sequuta impleri amplius non potest; aut contra. Rursus, ut impleri amplius non possit, dupliciter *u* accidit; culpa & facto accipientis, aut casu. De utroque hoc modo in universum pronunciamus, sive culpa accipientis causa secuta non sit, sive casu, causa in factū accipientis, collatâ *x*, esse repetitionem: contra si collata sit in potestatem accipientis, cessare, si per eum non stetit, quominus sequeretur *y*. Si causa non secuta impleri adhuc potest, licebit danti pœnitere & ob nun-

p Rebus integris interpositam. l. 1. ff. hoc tit. de cond. ca. dat. ca. non sec. l. 5. §. 1. eod.

q Regula multis locis tradita, cujus tot ferè sunt exēpla, quot rescripta in C. hoc tit. de cond. ob caus. dat.

r Remißio debiti similis est dationi, Fac creditorem, cui decem debebãtur, ea debitori suo acceptò tulisse, eâ lege, ut expromissorem daret: si non dederit, quod acceptò latum est, ei condici potest, l. 10. ff. eod.

s l. 1. C. eod.

t dotis 65. ff. de jur. dot. add. l. 6. ff. hoc tit. quod si nulla causa significata erit, cessabit repetitio, exemp. in l. 7. eod.

t De quo genere dicitur in extremo hujus cap.

u Tradita est hæc distinctio in l. pen. C hoc tit.

x De culpa nulla est dubitatio, l. 8. l. pen. & ult. C. l. 3. §. 3. l. 5. §. ult. ff. eod. sed neque de causa in casum collata, l. 6 ff. l. 2. & 5. C. eod.

y Sententia communis, non solum regula generali, quæ est, de interitu rerum debitarū, l. 5. ff. si cert. pet. l. 23. de V. O confirmata: verum etiã locis minimè obscuris prodita, l. 5. §. 1. de prӕs. verb. d. l. 3. § 3. ff. l. pen. C. hoc. tit. vid. Cabot. 2. disp. 29.

ciare

ciare accipienti: quo facto si nihilominùs impleverit z, nihil hoc ei proderit ad dati retentionem. Atenim traditum est, neminem semel constitutæ obligationi invito adversario renunciare posse. At inquam, qui ex pœnitentia rebus integris repetit, quod dedit, non potest dici renunciare obligationi cōstitutæ, cum nullä priùs dati obligatione *a* teneretur. De illo ambigi potest, liceatne hęredibus eodem jure uti sed magis est, ne liceat, quasi pœnitendi facultas *b* personæ defuncti cohæreat. Cæterum is, qui accepit, potestatē implendæ causæ post litem contestatā eam *c* amittit.

Sunt tamen nonnulli casus, in quibus etiam causâ non secutâ inhibetur repetitio. Hi partim tum, cum causa impleri ampliùs non potest; partim cum adhuc potest impleri. In priore genere sunt duo; voluntas dantis; & accipientis incommodum. Ad voluntatem dantis duæ species datorum pertinent; si quid sciens dedit ob causam *d* impossibilē; si sponsus sponsæ dederit, aut contrà. Ob causam impossibilem datur, cui, quominùs fiat, jus aut natura impedimento est. Qui igitur dedit ob causam, quam sciebat impossibilem esse, idcirco non repetit, quia non hoc animo fuit, ut accipientem sibi obligaret, secus est, si *e* ignoravit. Quod sponsus sponsæ aut contra donavit, si culpâ accipientis acciderit, ut nuptiæ secutæ non sint, repeti non potest: tametsi verum sit ob causam matrimonii, quod secutum non est, datum esse. Et hoc ex voluntate & affectu dantis sumptum, quasi eo animo datum sit, ut si quid culpa ejus accidisset, non *f* repeteretur. Incommodum accipientis tum vertitur, cum res, quam ille dare, aut manumittere debuit, occasione conventionis periit *g*.

In posteriore genere causæ sunt quatuor, duæ à dante, & totidem ab accipiente. A dante, una, si is

z d.l.3.§ 2. l.5.pr. & §. 1. ff. eod, hoc tit.

a Neq, dando idegit, ut se alii obligaret, sed ut alium sibi. aliud jurus est in contractibus nominatis, ut mox demonstrabitur. vid. Ant. Fab. 45. err. 8. Gom. 2. res. 8. n. 3.

b Cui nominatim tribuitur. d.l.3.§.2 l.5. pr. plane si causa secuta non est, jus erit heredi cōdicere. quippe qui in jus omne defuncti non personale succedat l. heres, 37. de acq. her.

c l.9. l. insulam, 84. ff. de verb. obl

d l 8. C. hoc tit. ratio est, in l. non solum, 13. ff. de O. & A.

e l.6. C. l.3. §. 5. ff. hoc tit. quomodo accipienda est l. 1. C. eod. minimè verò obstat l.5. C. eod. siquidem miles non prohibetur absolutè procurator esse, sed si adversarius eum removeat exceptione, l. 8. §. 2 de proc.

f Nec à sponso sponsave, nec ab heredibus, l. veterum, 25. C. de don. ant. nupt.

g Exempla & ratio in l, 5. §. 2. & 3. ff. hoc tit.

 obli-

obligatus fuit ad dandum, quod dedit, ita ut ni daret, ultrò ab eo peti posset; si vendidit puta, & tradidit. Ex hac causa & similibus contractibus, qui in proprium nomen transeunt, quod datum est, revocare ex *h* pœnitentia non licet, obstante licet præcedente obligatione, quæ pœnitentiam non recipit, eorum verò contractuum, qui in aliud nomen non trãseunt, natura hæc est, ut danti rebus integris pœnitere liceat: cõtraria nimirum ratione, quia cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum relinquendum, quasi prius debuisset, obstringi *i* debet. Altera causa à danke est, si is ad causam, quam impedire cogitat, implendam obligatus est, ut accidit in *k* donatione arrhisque sponsalitiis. In accipiente causæ item duæ repetitionem ex penitentia summovent. una, si ei desierit res esse integra, propterea quod obligatus jam est ad causam implendam: altera si ei jam ab esse quid cœperit, puta si ad causam inchoandam sumptus necessarios fecerit, ut quantum eo nomine accipienti aberit, tanto minus repeti *l* possit. Obligationem ob rem dati ex *m* contractu esse negari non potest, si est ex conventione dantis & accipientis, quãvis ea apertè interposita non sit, sed ex mente tantùm & sententia contrahentium colligatur. Atqui ex iis, quæ homines causam adjiciendo cogitare solent, conjectura hæc voluntatis ducitur, ut datum nolint, si causa non sequatur, ob quam datum est. Contractus ex genere eorum, qui re fiunt: nisi enim res proficiscatur, obligatio non nascitur. Actio ex hac obligatione nata dicitur condictio ob rem aut causam dati causa non secutâ, aut, ut est inscriptio tituli hujus in ☩. condictio causâ datâ caus. non sec. Datur *n* ei tantũ, qui ob causam dedit. ei, cujus *o* nomine & jussu datum est, non datur. Cætera cum condictione indebiti communia.

h l. incivile. 12. C. de rei vind. l. 3. C. de cont. emp. facit. l. 5. tota ff. de præs. verb.

i Sicuti non multò ante à nobis ostensum est, d. l. 5. l. 3. §. 2. hoc tit.

k d. l. 15. C. de don. ant. nupt. l. 3. C. de spons.

l Etriusque causæ exempla tibi suppeditabit, l. 5 pr. & §. 1. ff. h. tit.

m Cautũ tamen duabus in causis jure singulari, ut qui accepit, utili insuper in rem actione teneatur: si quid donatum est ea lege, ut donanti certa alimenta præberentur, l. 1. C. de don. quæ sub mod. item cũ sponsus sponsæ quid donavit aut cõtra. & per eũ qui accepit, factũ est, quominùs nuptiæ sequerẽtur, d. l. 15. C. de don. ant. nupt.

n Ejusq; heredibus, sicuti cæteræ actiones in personam, l. 2. & 3. C. hoc tit. adversus eum, qui accepit, & similes, l. 49. de cond. ind.

o Quasi qui ob causam alterius nomine dedit, in casum, quo ea non sequeretur, sibi prospicere voluerit. l. 7. pr. l. 9. hoc tit.

De causa turpi hoc jus est, ut in hoc toto tractatu non consideretur, causa secuta sit, nec ne: sed res ex ratione turpitudinis pendeat. Si dantis solius aut amborum turpitudo versatur *p*, cessat repetitio, sive causa secuta sit, sive *q* non sit. Dantis turpitudo dupliciter subesse intelligitur; si det, ut turpe aliquid fiat; aut si det, ut delictum *r* occultetur. Turpitudo accipientis cum dantis turpitudine semper conjuncta est, una specie excepta, cum quis meretrici dat, ob stuprum. sic enim veteres existimaverunt, meretricem quidem turpiter facere, quod sit meretrix, sed non *s* turpiter accipere, cum sit meretrix. Quod si solius accipientis turpitudo vertatur, convertitur hic jus in contrarium, placetq; omnimodò dati esse repetitionē, sive causa secuta sit, sive *t* non: dictante id juris & æquitatis ratione, ne cui malitia sua sit lucrosa *u*.

p l. 3. l. 4 §. 1. & 3. ff. l. 5. C. hoc tit. de cond. ob turp. caus.

q Nec ratio obscura. quippe turpis causa etiam impossibilis habetur, l. 15. de cond. inst. & laudādus potius est, qui à flagitio sibi temperat, l. 5. C. de inst. & subst.

r Utriusque generis exempla in l. 3. 4. pr. & §. 1. ff. & l. 5. C. h. tit.

s Quasi nullam maculam mercedis acceptio aspergere possit publico prostibulo. Duar. c. 4. hoc tit. sed an merces ob expletionem libidinis meretrici promissa exigi possit, dubitatum, & magis est, ut ne possit. arg. l. 4. §. 3. l. 8. eod. Duar. d. loc. Con. 5. com. 11. contra Bart. & vulg. DD. *t l. 1. in fin. eod. turpiter a. accipere quis intelligitur, non tantùm, si quid ei detur, ne fiat, quod jure facere non potest: sed etiam si detur, ut fiat, quod jus eum facere cogit. exemp. in l. ult. ff. l. pen. & ult. C. eod.* *u l. 1. pr. ff. de dolo. l. non fraudatur, 134. §. 1. de R. l.*

CAP. XXIX.

De repetitione rerum mortis causa donatarum: indeque quæsita occasione, de rovocandis donationibus, factis inter vivos.

NOn solùm quę ob causam apertè data sunt, obligationem inducunt ad reddendum: sed & quæ donatâ sunt, nullâ nominatim causâ adjectâ, suā nonnunquam repetitionem habent, idq; ex obligatione, cui res tradita initium præbet. In hoc genere est revocatio eorum, quæ mortis causâ donata sunt: nam eorum revocatio, quæ inter vivos simpliciter donantur, ex delicto donatarii ferè nascitur. Attamen, quo totum jus de utroq; genere revocationis constitutum penitus intelligatur, licebit hoc loco etiam de revocatione

tione donationis inter vivos agere, & hunc velut excessum superiori generi subjicere.

In primis igitur genera donationũ distinguenda x. Donationum quædam fiunt mortis causa, quędam inter vivos. Mortis causa donatio est, quæ ob mortis fit y suspicionem. Id ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationẽ à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaravit, se ob metum præsentis periculi, aut cogitationem mortis z donasse. Quæ ita facta donatio est, suis de causis revocari potest. Causæ ex natura donationis pendent. Natura similis est tum iis quæ ob causam dantur, tum legatis. Primum indicat donationis conditio superiore definitione comprehensa: unde ad repetendum a condictio ob causam dati causa non secuta. Alterum ex eadem conditione à plerisque b veterum collectum est, & à Justiniano apertiùs sancitum. Assumpta igitur natura legatorum, consequens fuit, ut quemadmodum legata à vivo testatore revocari possunt, nec quidquã ex suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita & donationes mortis causa factas pro arbitrio c revocare liceat, nec priùs ratæ habeantur, quam mors donatoris insecuta sit: & convenienter, ut quibus legari potest, iisdem & donari possit mortis causa: ut quemadmodum nullum legatũ aut suprema testatio valet, nisi minimùm quinq; testes adfuerint, ita nec hæc donatio: ut sicut legatario substitui potest, ita & donatario; Deniq; ut nec insinuatione in hoc genere donationis sit opus, & perinde, ut legata, lege falcidia imminuatur. Quoad cætera ferè speciem d contra-

x Quæ quidem huc pertinent, & cõmuni hoc nomine appellantur. Inst. hoc tit. de donat. in pr.

y Sic describitur hæc species in §. primo. Inst. eod. tit.

z Alioqui nõ tam mortis causâ, quam moriens donasse censetur. Papin. l. Seia. de mort. ca. don. Quid si Titio 100. donavero præstanda post mortem? & memini me respondisse, donationẽ hanc esse inter vivos, ideoq; nec legi Falcidiæ in ea esse locum. Tempus n. adjectum differẽdæ solutionis causâ non pertinere, ad substantiam donationis, add. Fach. 5. cont. 22.

a l. senatus. 35. §. 3. dict. tit. junct. d. §. 1. Inst. eod.

b l. Illud. 37. eod. l. ult. C. de do ca. mort. §. 1.

c l. non videtur, 32. d. tit. Cætera sunt in l 9. ff. l. 12. & ult. C. eod. eandem rationem habet, quod hæc donatio etiam inter conjuges recepta. l. 9. in fin. & 2. seqq de don int. vir. & ux.

d Perficitur inter vivos: potest sic fieri, ut nullo casu revocetur. l. 13. potest à filiofa. consensu patris, l. 25. de mort. C. don. Vulgo DD sic distinguunt, ut dicant, donationem hanc habere rationem contractus cum in esse producitur, effectu tamen & cum in esse producta est, rationem ult. voluntatis, quod per omnia verum non esse tum numerus testium & remissio insinuationis liquidò ostendit, tum quod hæ donationes non pendent ab aditione hereditatis

ctus

ctus habet. Ex his jam pendet obligatio revocatioque hujus donationis, cui tres in summa causæ locum *e* faciunt; si donator periculum, quod metuebat, evaserit; si donationem per pænitentiam infregerit; si donatario supervixerit: quarum duæ priores communes sunt cum iis, quæ aliter ob *f* causam dantur, tertia hujus donationis propria *g* legatis eam similem facit. Omnia tamen hæc ita, nisi quid aliud in donando *h* convenerit. Ad revocandam mortis causa donationem actiones duæ donatori propositæ. Una est condictio *i* ob rem dati ex obligatione. Obligatio ex contractu, quia ex tacita conventione. Contractus ex eorum numero, qui re ad conventionem accedente perficiuntur. Altera est utilis in rem actio adversus quosvis possessores, quæ propter similitudinem cum legatis admissa est, quasi tacito jure dominium ad donatorem redierit, aut ab eo nunquam discesserit *k*.

Etiam donationem inter vivos factam ex causa revocare licet: sed quæ, ut dixi, ex maleficio donatarii ut plurimùm nascatur. Inter vivos donatio est omnis, quæ non fit mortis *l* causa. Quod autem inter vivos donatur, id donatur aut causa adjecta, ut quid fiat, aut *m* simpliciter. Causa partim nomine donationis comprehenditur, ut in donatione propter nuptias, de cujus repetitione & obligatione suprà cognovimus; partim verbis exprimitur, veluti si quid detur eâ lege adjectâ, ut quid fiat: quod genus ad ea, quæ ob causam futuram dantur, pertinet. Hîc solùm notandum est, duas species ex hoc genere jus singulare *n* habere; donationem sponsalitiam; & donationem

e §.1. Inst. hoc tit. l. 16. l. qui mortis. 30. ff. eod. de mort. caus. don.

f l. 1. §. 1. de cond. ob turp. caus. l. 3. & 5. de cond. ca. dat.

g Quæ mortuo ante diem cedentem legatario non transmittuntur. l. 5. quand. di. leg.

h Puta, ut vel ex aliis causis, vel citiùs, vel omninò non reddatur. l. 13. l. senatus. 35. §. 4. hoc tit.

i Causâ non secutâ. d. l. senatus. §. 3.

k l. 29. & seq. eod. add. Cujac. 2. ad. Afr. in l. 23. eod. Duar. cap. 6. de cond. ca. dat. quod si quis non sic dederit, ut statim fieret accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta, ut fit interdum, directam in rem retinet. d. l. 29. At quâ actione confirmata donatio petetur ab heredibus? si in testamento facta est, & actio ex testamento & vindicatio, & hypothecaria competit. arg. l. 1. C. com. de leg. sin minùs, saltem vindicatio. ut pote dominio rei à morte donatoris statim transeunte. l. 1. in fin. & l. seq. de publician. vid. Vaud. 2. quæst. 13. contra quam DD. com.

l Sine ulla mortis cogitatione mentioneque. §. 2. Inst. hoc tit.

m Quæ sola verè, absolutè & propriè donatio est. in aliis a. causa aut conditio adjecta satis indicat nos eo verbo abuti. l. 1. ff. hoc tit. de donat.

n Quod & suprà adnotavimus ad oram cap. præcedentis.

ita

ita factam, ut donatori certa alimenta prętentur. Hîc si causa secuta non est, placet eum, qui dedit, donatum repetere posse non tantùm condictione, sed etiam utili actione in rem. Simplex donatio non omninò stabilis. Revocatur aut ex eo, quod ab initio iniqua sit; aut ex causis postea intervenientibus. Ab initio iniquæ sunt donationes, quæ fiunt in fraudem aliorum, quos fraudare donatione non oportet. Hoc genus donationum revocandarum duæ causæ sunt; aut quia inofficiosæ; aut quia in fraudē creditorum patronivè factę. Inofficiosæ sunt, quæ fiunt contra officium pietatis ad intervertendam quartam debitam iis, qui de inofficioso testamento queri possunt. Sed remittendæ sunt hæ donationes ad querelam inofficiosi testamenti, ad cujus similitudinem revocatio earum o inducta est. In fraudem creditorum alienata revocantur actione Paulianâ; alienata in fraudem patroni, Favianâ sive p Calvisiana. Sed & de hac specie alibi tractabitur latiùs, ubi de jure creditorum in discutiendis condemnati aut latitantis debitoris bonis agemus q.

Causę posteà emergentes sunt duę; ingratitudo donatarii; & liberi à donatore posteà suscepti. In priore causa quinque sunt consideranda: primum, quæ sint causæ ingratitudinis: secundum, an donatio ex iis revocetur ipso jure, nec ne: tertium, cui competat hæc revocatio, & adversus quos: quartū, an semper competat etiam consumptis & alienatis rebus: quintum, cujus generis sit hæc repetitio & obligatio. Principiò causæ hæ aut sunt communes; aut propriæ quarundā personarū. Communes sunt r quinque: atrox injuria s donatori facta: manus violentæ & impiæ t illatæ: jacturæ bonorum moles non u levis ingesta: periculum vitę illatum: postremò si donatio facta sit sub certa lege, ut donatarius quid faceret, nec x fecerit. Hæc cau-

o l. 5. l. ult. C. de inoff. donat. quam ob causam etiam tractationi de inoff. testamēto subjiciuntur in C. inspice interim l. 1. 2. d. l. 5 & l. pen. C. de inoff. donat.

p Extant de utroq; hoc genere revocationis proprii tit. in ff. si quid in fraud. pat. item quæ in fraud. cred.

q Licebit tamen obiter percurrere ea, quę à VVes. aut quo alio interprete, notantur ad §. item si. 6. Inst. de act.

r Comprehensa constitutione Iust. in l. ult. C. de revoc. don.

s Ea quibus ex rebus ęstimetur, docebit te §. atrox. 9. Inst. de injur. l. 7. §. pen. & ult. cum 2. leg. seq. ff. eod.

t Quid minæ? non puto eas huc pertinere: nisi forte persona, puta parentis, patroni aut magistratus atrocem injuriam faciat. d. §. 9. d. l. 7. §. ult.

u Quod rectè faciunt, qui judici definiendum relinquunt. Moz. de don. col. ult. n. 51.

x Secus tamen est si qua justa causa impedimento fuerit, quo minùs faceret. Moz. d. loc. n. 54.

ſa ex contractu eſt, cæteræ ex delicto. Præter has quinq; communes duæ *y* propriæ, à liberto, neglectus obſequii, quod patrono debet; à filio, ſi is totius ſubſtantiæ patris jacturam molitus ſit, licet non ingeſſerit. Secundum quæritur, an ipſo jure ex his cauſis donatio infirmetur: dicendum eſt non revocari ipſo jure, ſed actionẽ perſonalem revocationis gratia donatori eſſe *z* conſtitutam. Tertium eſt adverſus quos & quibus revocatio competat. & certum eſt non omnibus donatoribus ne hodie quidem competere. excipiuntur duo: mater *a* libidinosè vivens: item mater ad ſecundas tranſiens nuptias, cui ex tribus tantùm cauſis revocare licet; ſi filius impias ei manus intulerit; ſi totius ejus ſubſtantiæ jacturam molitus ſit; ſi vitæ ejus fuerit inſidiatus. De heredibus ita jus eſt. Donatoris heredibus ita datur, ſi dònator vivus de voluntatis mutatione vel extra judicium teſtatus *b* ſit. Heredes matris hîc excipiuntur, niſi mater ipſa donationem efficaciter revocaverit, aut litem *c* conteſtata ſit. In heredes donatarii ſemper datur: Utique ſi vivus donator mutaverit voluntatẽ, quamvis donatario jam *d* mortuo. Illud dubitationem non habet, ſi quid datum ſit hac lege, ut quid fieret, conventione neglectâ condictionem competere & heredibus & adverſus heredes *e* omnimodò. Quartò ſtatuemus hanc actionem ſemper competere, ſive res donatas donatarius poſſideat, ſive facto ſuo deſierit poſſidere: neque enim in

y De priore eſt in l. 1. C. hoc tit. de revoc. don. de altera in auth. quod mater. C. eod. Quæſitum an propter alias cauſas donatio revocari poſſit, quam quæ expreſſa ſunt in d. l. ult. & utique ſi ſimiles erunt, vel majores putarem poſſe. Illud comm.° receptum video, ut ſi is, qui haud levem ſubſtantiæ ſuæ partem in aliquem contulit, poſtea cæteris facultatibus fuerit exutus, donatarius eum alere ſaltem ex fructibus rei donatæ teneatur. ni facit revocari tanquam ab ingrato donationem poſſe.

æquiſſimâ ratione. arg. l. 4. de agn. lib. z *Arg. l. 1. C. hoc tit. l. 11. de R. I. item l. 20. C. de pact.* a *l. 7. C. hoc. tit. ſequens exceptio & ratio eſt in No. 22. c. 35.* b *Sin tacuit. ſilentio donationem confirmaſſe cenſetur. l. ult. C. de rev. don. non obſtant regulę juris, quibus traditur, heredem in omne jus defuncti ſuccedere, item actiones omnes, etiam pœnales ex maleficio, exceptâ unâ injuriarum, heredibus competere. nam hęc revocatio non datur ſimpliciter, ſed additâ hac conditione, ſi donatorem pœniteat, ſi vivus mutet voluntatem. l. 1. C. eod. quæ conditio voluntate non mutatâ deficit.* c *l. 7. C. eod. quod ſpeciali ratione conſtitutum eſſe ex lectione ejuſd. l. cuivis patebit.* d *Quod tamen improbant comm. DD. hac ratione, quod hæc actio ex delicto deſcendat, & vindictam perſequatur. Gomeſ. 2. reſ. 4. n. 14. adverſus quam ſententiam latè diſputat Don. 14. com. 30.* e *l. 2. 3. & 8. C. de cond. ob cauſ. dat. non tamen ſi ex hac cauſa, non tanquam ex conventione, ſed tanquam ex ingratitudine revocabitur. l. ult. C. hoc tit.*

per-

personam actio *f* possessionem desiderat ad hoc, ut debitor teneatur. Quid quod turpe est, & flagitiosum, invitare donatarium ad delinquendum, quod facimus, si rebus alienatis, in fraudem legum eum liberamus. Postremò in personam esse hanc actionem constat, cum sit ex *g* obligatione. Matri etiam utilis in *h* rem actio conceditur.

Restat locus de altera causa revocationis, nimirùm ob liberos posteà susceptos. Duo hîc considerabimus: causam beneficii: beneficium ipsum. Causa quatuor continet. Primum est persona. Soli *i* patrono beneficium hoc tributum est adversus libertum: proinde omnes alii excluduntur. Secundum est tempus donandi. Patronum tum dedisse volumus, cum liberos non haberet: quod si jam liberos habens donaverit, quamvis alios posteà susceperit, revocationis beneficio *k* non utetur. Tertium, res donatæ; ut vel omnia bona vel partem eorum vel etiam res singulas in libertum contulerit. Sanè si res donata omninò vilis sit, putarem cessare *l* revocationem. Quartum est agnatio liberorum. ut post donationem liberos patronus *m* suscipiat: qui si nati statim posteà decesserint, donatio tamen non *n* convalescet. Beneficium tale est, ut revertatur res donata ad donatorem vel invito liberto, ipso jure: unde & actio ei in rem sive *o* vindicatio: & præterea ex obligatione *p* possessionis condictio, quæ est hujus loci.

f *Actionum n. in rem proprium est, ut his solùm conveniatur, qui possidet. §. 1. Inst. de act.*

g *Obligatio ex maleficio, aut conventione, ut paulò ante dictum est.*

h *l. 7. C. de revoc. donat. jure vid. singulari, sicut cætera.*

i *l. 8. C. hoc tit. de rev. don. & ibi Dom. Ant. Fab. 7. conj. 4. Con. 5. com. 10. diss. tamen interpretes comm. putantes. d. l. ad omnes donatores pertinere. quorum sententia usu comprobata est, neque iniqua, licet juri Ro. minus conveniens.*

k *Falluntur igitur, qui arbitrantur patronum aut parentem huic beneficio renunciare non posse. vid. Tiraq. in præf. d. l. n. 89.*

l *Quod etiam communi suffragio receptum Con. 5. com. 10. Fach. 3. cont. 78.*

m *Unum aut plures, ex legitimo matrimonio. Quid legitimati? si per subsequens matrimonium, adhuc idem dicendum. secus si per rescriptum principis. sed nec adoptivi huc pertinent. Tiraq. in d. l. 8. vers. susceperit liberos.*

n *Quæ & Bart. sententia est in l. Titia. 87. §. imp. 3. de leg. 2. arg. l. 11. de R. I. notum item est actionem semel extinctam non revivíscere. l. qui res. 92. §. aream. de sol.*

o *Gloss. in fin. d. l. 8. comm. probata. est a. hoc jus singulare, & contra reg. 11. de R. I. l. 20. C. de pact.*

p *Non rerum ipsarum, quippe quæ ipso jure ad eum revertuntur. d. l. 8.*

CAP.

CAP. XXX.

De precario.

EST & precarium ex numero eorum contractuum, qui re fiunt, interpositâ conventione de eadem re reddenda, eâque, quæ neque nomine contractus significatur, neque verbis exprimitur, sed ex sententia colligitur contrahentium. Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit q, patitur. Obligationem hîc re contrahi constat, cùm ex re tradita initium sumat. Conventio ex eo intelligitur, quod precarium totum beneficii est & liberalitatis. Natura autem æquum est, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. At cur precarium non referimus inter eos contractus, qui proprium nomen habent? nempe quia hæc appellatio non est certi contractus, sed generale nomen, pertinens ad ea omnia, quæ præcibus impetrantur.

Porrò quod ad naturam hujus contractus pertinet, duo sunt precarii propria, quibus à donatione & commodato distinguitur; obligatio & actio. Donatio irrevocabilis est: nam qui donat, sic dat, ne unquam recipiat. Precarium r revocari potest: quia qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cùm sibi libuerit precarium solvere. Obligatio precarii ex parte minor est, quam commodati; ex parte major. Minor, quia is, qui precario accepit, præter dolum & culpam dolo proximam s nihil præstat: commodatarius & culpam & t diligentiam. Major, quia u precarium, quandocunque visum est, repeti potest: commodatum non priùs, quam commodatarius ad finem & modum præscriptum usus sit. Actio precarii nomine non certa & vulgaris, quales jure civili

q *Definitio est Vlpiani in l.1.ff.hoc tit. de prec.*

r *d.l.1. §.2. & l.2. §.2. eod. junct. l.2. ff. de donat.*

s *Nam cum precarium totũ ex liberalitate descendat ejus, qui concessit, usus quoque precarii liber esse debet accipienti, ut ne plus hîc ab eo exigatur, quam in suis rebus. l.8. §.3. hoc tit.*

t *l. si ut certo. 5. §.2. ff. commod. §.2. Inst. quib. mod. re cont. obl.*

u *d. l. 1. & 2. hoc tit. junct. l. in commodato. 17. §. sicut. comm. vid. sup. c.34.*

pro-

proditæ, quando contractus proprium nomen habent, sed in factum *x* præscriptis verbis. Ab initio *y* interdictum tantùm de precario propositum fuit: nimirum quod precarium magis ad causam donationis, quam ad speciem negotii contracti videatur spectare.

x Sive incerti condict. io. d. l. 2. §. 2. l. duo in solidum. 19. in fin. eod. hoc. tit.

y Ita cũ Pac. 7. quæst. 21. accipio l. interdictum. 14. ff. eod.

CAP. XXXI.

De altero genere obligationum: quæ re contrahuntur, in quo pro eo, quod datum aut factum est, præstatur aliud.

GEnus alterum obligationum, quæ re contrahuntur, superest, in quo non eadem res, sed alia redditur. Hujus generis species sunt *z* quatuor, quæ expressum factum & conventionem habent, do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut faciâs. Is his quædam obligatio communis omnium, quędam certarum specierum propria. Obligatio communis tria hæc habet. Primò, quidquid datur aut fit, ut vicissim detur, aut fiat, ex his omnibus nascitur pariter *a* obligatio jure civili. Secundò, quæ cunque ex his generibus obligatio est, ea non nisi *b* re data aut facta contrahitur. Tertiò, quoniam ex omnibus pariter civilis obligatio nascitur, consequens omninò est, civilem quoque esse ex his actionem ad petendum id, de quo convenit, nempe eam, quæ veteribus dicta est actio *c* præscriptis verbis.

Proprium in duabus prioribus speciebus hoc est, ut duplicem habeant obligationem, unam ex conventione aperta, ut detur, aut fiat: ex qua est actio præ-

z Enumeratæ & expositæ à Paulo in l. 5. ff. de præs. verb.

a l. 7. §. 2. de pact. ac ne quis dicat, ex nudo pacto actionem non nasci. d. l. 7. §. 4. non est hîc nuda conventio, sed præter eam etiam res accedit: in quo geritur negotium civile. d. l. 7. §. 2. l. 15. de præs. verb. l. 10. C. de pact.

b Sive res tradita, non sola conventio initium obligationi præbet, ut de permutatione loquitur Paul. in l. 1. de rer. perm. hac igitur parte ad eas obligationes omninò pertinet, quæ re contrahuntur. *c d. l. 7. §. 2. l. 2. 3. & 15. de præs. verb. Ac de tribus quidem his articulis non est dubitatum, do ut des, do. ut facias, facio ut facias. Quod si faciam, ut des, & posteaquã feci. cessas dare, Paulus respondit, nullam esse civilẽ actionem, ideoq; de dolo dari. At enim hoc sic accipiendum arbitror. nullam esse condictionẽ ob causam dati, de qua tractare proposuerat, ut constat ex initio d. l. ideoq; in hoc casu. nempe in id, quod eo facto nobis abest, non aliam quam de dolo dari. per l. 6. C. de dolo. quod si quis omissâ repetitione ejus, quod abest agat, ut præstetur, quod promissum est, non de dolo, sed præscriptis verbis actio competit. vid. Don. ad tit. de præsc. verb. præsertim c. 20. Bronch. 2. assert. 69.*

ſcriptis verbis: atq; hac parte obligatio huc pertinet. Alteram *d* ex conventione tacitâ ad repetendum id, quod datum eſt, quâ parte parit repetitionem & condictionem ob cauſam dati, Quod ſi res condici non poſſit, puta ſi Stichum, quem tibi dedi, manumiſeris, nihilominùs mihi teneberis, ut æſtimationem manumiſſi mihi *e* præſtes: ſed eſt in eam rem actio de dolo. In duobus generibus poſterioribus; facio, ut des; & facio, ut facias; una contrahitur obligatio, ut des, aut facias: condictio ejus, quod feci, nulla: cum factum per rerum naturam revocari non poſſit. Sola actio de dolo ſupereſt adverſus eum, qui dolum admiſit, non ut præſtet id, de quo convenit, ſed quanti mea intereſt factum non eſſe, quod feci *f*.

d Neque tamen ambæ hæ actiones una concurrunt, sed alterâ tantùm earũ experiri licet; prout ei, qui dedit, viſum fuerit. d. l. 5. §. 1. & 2.

e Quæ ſpecies eſt & ſententia l. cum proponas. 6. C. de dolo.

f Idque illud ipſum eſt, quod Paulum ſcribere diximus in d. l. 5. §. quod ſi faciam.

Verùm hæc de iis contractibus, qui expreſſum factum & conventionem habent. Sunt, in quibus alterutrum deſideratur: cujuſmodi hæc quinque; promiſſio dotis; ſalarii pollicitatio in procuratorem collata; judicium; jusjurandum; operæ eorum, quibus honoraria extra ordinem conſtituta ſunt. De quibus nihil habeo amplius, quod hîc moneam, quam quæ dicta ſunt ſuprà in diſtributione hujus generis contractuum.

CAP. XXXII.

De verborum obligationibus.

HUc uſq; de natura & poteſtate earum obligationum, quæ re contrahuntur. De verborum obligatione, quæ in diviſione obligationum, quę conſenſu non ſolò contrahuntur, ſecundo loco poſita eſt, deinceps videndum. Verborũ obligatio ea eſt, quæ naſcitur ex *g* ſtipulatione. Stipulatio eſt verborum *h* conceptio, quibus qui interrogatus eſt, daturum ſe facturumvè, quod interrogatus eſt, reſpondet. Forma hæc, Spondes? Spondeo. Promittis? promitto. Et hæc ver-

g Quæ originem haud dubiè ex jure civili trahit. conſule Goed. de cont. ſtip. c. 2. concl. 1.

h Integra hæc verborum conceptio dicta eſt ſtipulatio, non proprietate verbi, nam ſtipulari is dicitur, qui interrogat, alter promittere, ſpondere: ſed propter relationem, quemadmodum in innumeris aliis appellationibus obſervatur. extat definitio in l. 5. §. 1. hoc tit.

borum

borum conceptio sive stipulatio *i* unica causa est, quæ ad conventionem sive consensum accedens, parit eam obligationẽ, quæ idcirco dicitur verborum. De consensu dictum est in commune. De verborum conceptione hîc præcepta dabimus. Ea constat duabus partibus; interrogatione; & responsione. Harũ partium quędã communia, quædã responsionis propria. Communia duo. Primum, ut & qui rogat, & qui respondet, verbis id faciat; stipulatio enim non conficitur, nisi utroque *k* loquente: & ideò neque mutus neque infans stipulationem contrahere possunt. Secundum, ut uterque alterum exaudiat & intelligat: qui exaudire invicem non possunt, ut absentes, surdi, ad verborum obligationem non *l* pertinent. Cæterùm quod mutus, surdus, absens per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id per servum possunt efficere, si quid eorum jubeant illum *m* facere. Propria respondentis item duo: unum, ut qui respondet, ilicò respondeat: siquidem actus stipulantis & promittentis continuus esse debet: ita tamen, ut modici temporis intervallum non vitiet *n* stipulationem. Alterum est, ut respondeat convenienter interrogationi. Quod non tam in forma & conceptione verborum, quam in re & sententia *o* positum est; veluti si respondeat, Quidni? aut ἀπροσώπως. Dabitur. Sed etsi stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, aut ex contrario stipulanti 20. respondeas 10. valebit stipulatio in decem, quatenus aptè *p* responsum est.

i Certè non aliarum ulla fit mentio in toto hoc tractatu, neq; in Inst. neq; in ff.

k l.1.pr. Hic. Itaq; qui sine verbis adnuit non obligatur, ne naturaliter quidem. d.l.1. §.2. alia ratio est acceptilationis. quæ etsi inutilis est, utile tamen pactum habet: nisi in hoc quoq; contra sensum est. l. 8. de accept.

l d.l.1. pr. l.ult. §. antep. & seqq. de O. & A. l.3. C. hoc tit. §.7.9. & 11. Inst. de inut. stip.

m Et erunt quod jussu obligati. d.l.1. in fin. pr.

n d.l.1.§.1. continuus. 137. hoc. tit. intervallum a. stipulationẽ vitiat, si aut posterâ die respondeatur. l. 12. de duob. reis. aut si actus, licet modicus, obligationi contrarius interveniat. l.6.§.ult. d. tit.

o d.l.1. §.2. & ult. & generalitas responsionis semper ad interrogationem revocari debet. ut id quisq; respondere intelligatur, de quo interrogatus est. §.5. Inst. de inut. stip. non adversatur auth. si quando C. de pec. const. ubi Inst. constituit, non obligari eum de pec. constituta, qui ita dixit, Satisfiet tibi. nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam responsio referatur. ut rectè Alc. 2. par. 18.

p d.l.1.§.4. non obstat d.§.5. significat ibi Imp. in hujusmodi conceptione esse quidem stipulationem inutilem, in qua vid. ad interrogatum non respondetur: sed ex eo non sequitur inutilem esse totam conceptionem. quippe duæ sunt in tali conceptione stipulationes, quarum ad alteram saltem respondetur convenienter VVes. ad d.§.5. Don. ad d.§.4. & seq. alia sane ratio est locationis & similium contractuum, in quibus quid vicissim præstandum est. l. si decem. 52. locat.

Licet

Licet enim oportet congruere summam : attamen manifestum est viginti & decem inesse. Quod si simpliciter & purè interrogatus responderit sub conditione, aut vice versâ sub conditione interrogatus responderit purè, aut ita interrogatus, intra Kalendas quintas, responderit, Dabo Idibus, non obligatur. Generaliter enim probandum est, quoties adjicitur aliquid aut detrahitur stipulationi, vitiatam esse obligationem, nisi diversitas stipulationis ilico *q* placuerit. Tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.

Genera stipulationis, si formam & conceptionem verborum spectamus, nulla : sin *r* consensum, duo. Aliæ enim *s* sunt voluntariæ ; aliæ necessariæ. Voluntariæ sunt, quæ ex voluntate atque arbitrio contrahentium fiunt : & quia ex sola conventione utriusque partis concipiuntur, dictæ sunt veteribus conventionales: quarum totidem penè genera sunt, quot *t* rerum contrahendarum. Necessariæ sunt, quæ *u* invitis pro auctoritate judicis aut prætoris injunguntur. Earum species *x* tres ; judiciales ; prætoriæ ; communes. Judiciales sunt, quæ à *y* mero judicis officio proficiscuntur, id est, quæ à solo judice judicio de re alia instituto ejus judicii *z* firmandi causâ promissori injunguntur. Apertiùs res intelligetur, si cognoverimus, quando quis judex esse incipiat, & quibus rebus officium ejus contineatur. Judex esse quis incipit, cùm

q d.l.1. §. 3. Hoc ideo, quia quoties qualitas stipulationi adjicitur aut detrahitur, toties in totum non congrue respondetur. vid. & Bronch. 4. assert. 37.

r Aut si mavis originem & causam, unde nascuntur. nam habent quidem omnes conventionem. sed non omnes ita, ut hinc primùm proficiscantur.

s Vid. tit. Inst. de divis. stip. l. 5. pr. ff. hoc tit. Gord. de cont. stip. cap. 5. concl. 12. & seqq. Don. ad d. l. 5. qui præ cæteris eruditè hanc divisionem exponit, usumq; demonstrat.

t Id est, obligationum, seu negotiorum, quæ contrahi possunt : nullum n. negotium est, cujus confirmandi causâ adhiberi stipulatio non solet. d. l. 5. §. tit. Inst. de div. stip. §. pen.

u Atqui stipulatio est contractus l. 1. §. 3. de pact. l. 31. de O. & A. liberum a. cuique habere vel non habere contractum. l. 5. C. de O & A. Dicimus si spectamus causam & originem harum stipulationum, jussum vid. alterius, definitionem istam ad eas non pertinere, non magis, quam ad judicia, quæ in invitum redduntur. l. 83. §. 1. hoc tit. tametsi judicio dicatur contrahi. l. 3. §. idem. de pec. sin a. spectabimus id tempus, quo interponuntur, contractus certè sunt, cùm præsentem consensum habeant, nec vis videtur. quæ legitima est. l. 3. quod met. caus.

x d. l. 5. d. tit. Inst. de divis. stip. Ulpiani divisio in l. 1. de præt. stip. subdivisio quædam est prætoriarum.

y Id est, solo, ut hac adjectione distinguantur à communibus, sicut & prætoriæ.

z Ulpian. in d. l. 1. judicialem stipulationem speciem facit prætoriæ : sed judicialem ille appellat, non quæ à judice interponitur, sed à prætore, judicis partibus non fungente. Iudicialem tamen rectè nominat, quia propter judicium interponitur, ut id ratum sit.

lite contestatâ res ad ejus cognitionem & judicium † delata est. Officium ejus positum in eo, primùm ut de re in judicium delata cognoscat, deinde ut de ea re sententiam ferat aut convictum condemnando, aut non convictum *a* absolvendo. Ergò si quis judex litè contestatâ jubet aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest, aut reum absolvit, sciamus hunc ut *b* judicem jubere, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari: cujusmodi sunt de dolo *c* cautio, de persequendo servo, qui in fuga est, & quæcunque aliæ judicio de re alia instituto ad id judicium promovendum aut dirimendam controversiam reo aut actori sine injuria à judice imponuntur.

Prætoriæ sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur: videlicet quando magistratus lite nondum contestatâ de ea re, de qua judicium institui potest, jubet aliquē adversario postulanti quid cavere, quod rectè postuletur, & nisi pareat, remediis utitur prætoriis: qualia sunt hæc tria; missio in possessionem bonorum ex *d* causa damni infecti aut legatorum servandorum; denegatio jurisdictionis in cautione *e* judicatum solvi, ratam rem *f* haberi, item in stipulatione *g* fructuariâ: actio ad mancipium reddendum adversus non caventem in stipulatione *h* ædilitia. Prætorias enim stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam *i* ædilitiæ. Communes sunt, quæ modo auctoritate prętoris, modò judicis *k* interponuntur. Cujus generis sunt hæ tres; rem pupilli *l* salvam fore;

† l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.

a l. de qua re. 74. de judic. l. judices. C. eod. junct. l. 1. de re jud.

b Etiamsi sit magistratus aut prætor: quia in eo partibus tantum fungitur judicis.

c Quarum rationem & usum ex Theoph. cognoscere licet.

d l. 7. de dam. inf. tot tit. ff. ut leg. nom. cav. & tit. seq. ut in poss. leg. esse a. has stipulationes prætorias scriptum est in d. l. 5. & in §. 2. Inst. de div. stip. item in l. 1. de præt. stip.

e Quam nisi quis præstet, prætor eum ad alienam defensionem non admittit. §. 4. & 5. Inst. de satisd. *f Hac nisi præstetur à procuratore, denegatur ei actio. l. 33. §. 3. l. 43. §. 4. de proc.* *g Nam si usufr. nomine non caveatur, denegatur persecutio ususf. aut retentio. l. 1. & 7. usufr. qu. cav.* *h l. si venditor. 28. de ædil. edict.* *i Nam & hæ à jurisdictione veniunt. d. l. 5. §. 2. id est, omnium harum eadem causa est & origo, jurisdictio magistratus.* *k d. l. 5. pr. vers. communes. §. ult. Inst. de div. stip.* *l Atquando hæc judicialis? nimirum si litecontestatâ inter moras judicii debitor cognoverit tutorem non satisdedisse. & ad hanc exceptionē confugiat, quæ etiam cœpto judicio objici potest. l. 3. C. de tut. qui sat. non ded. quippe pertinet ad officium judicis omnem incidentem quæstionem examinare. l. 1. C. de ord. jud.*

rem ratam dominum *m* habiturum; stipulatio *n* duplæ: nam & hæc à judice aut ædilis edicto venit.

Stipulationis cujusq; contractę vis una, ut certo jure obstringatur, qui promisit. Quocirca pactiones nudæ ex stipulatione effectum sumunt, & cæteræ quoque conventiones obligationesque *o* firmantur. At iniquũ videri potest, ex stipulatione obligationem nasci, ex pacto nudo non nasci, cùm in pacto non minùs sit consensus, quã in stipulatione. Et utique si idem utrobique consensus esset, non posset hoc ipsum non iniquum videri. At non est idẽ consensus in pactis, qui in stipulatione. In pactis consensus à levitate & impetu proficisci potius, quam à certo judicio existimatur. In stipulatione contrà haud dubiè consensus constituendæ obligationis ab animo præmeditato certoq; proficiscitur. Argumento est verborũ illa solemnis cõceptio, interrogatio precedẽs, & congruenter subsequens responsio. Cur igitur tandem verborum dicta obligatio? Nomen sumpsit non à consensu, re omnium contractuum communi, sed à re propria, verbis videlicet.

m Quæ quidẽ nunquam judicialis esse potest, cum à procuratore exigitur. arg. l 40 §. pen. de proc. sed potest, si judicio instituto exigatur à tutore, ut in specie l. 33. de adm. tut.

n Non vulgaris illa ob evictionem, quæ nunquam ædilitia: sed est altera ob eas causas; de quibus edicto Ædil. jubetur caveri de morbis &c. l. 32. de evict. stipulatio assidua Vlpiano dicitur in l. 31. §. quia 20. de ad. ed. De his igitur reb. qui duplam sibi promitti postulat, is adversario recusante aut agit exemto præcisè ad duplũ quã parte semper judicialis est: aut redhibitoriã, & hic est ædilitia, quia post litem contestatã nunquã interponitur.

o l. 45. de pact. l 5. hîc Paul 5. sent. 7. qui loci plerosq; in errorẽ traxerunt, ut credant stipulationem non esse contractũ, qui per se subsistat: sed ex alieno semper negotio pendeat. quod refutat Goed. de cont. stip. cap. 3. concl. 5. n. 74.

CAP. XXXIII.

De obligatione literarum.

SI res secuta & verba seu stipulatio desunt, interdũ literę ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quod ex tribus generibus propositis postremum fuit. Literarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito, confessus est se ei quid debere, quod non debeat, & omninò confessioni suæ stare cogitur. Id intelligetur certiùs definitionis partibus evolutis & explicatis. Exigimus, ut quis *p* scripto

p Sive id chirographum est, sive aliud instrumentũ fortè à tabulario confectũ professionem debiti continens. cautum ferè à nostris in hoc præsertim argumento dicitur. l. 1. 2. 3. 4. 8. C. de non num. pec. l. emtor. 47. §. ult. de pact.

con-

confessus sit, remotis literis & *q* cautione, obligationi, quæ alioqui non rectè diceretur literarum, non est locus. Exigimus, ut mutuo consensu scriptum traditum sit creditori: ex contractu enim nulla obligatio, nisi ex mutuo consensu. Exigimus, ut confessus sit se debere, quod non debebat, ut sit una hæc causa hujus obligationis propria, literæ & confessio scripta: nam si alia *r* causa verè interveniret, obligationem quoque ex ea causa esse diceremus, non ex literis. Postremò exigimus, ut qui ita confessus est se debere, cogatur stare suæ confessioni: alioqui ne obligatus quidem dici verè potest.

Cæterùm non cujusvis cautionis aut chirographi vis hæc, ut quis ei stare cogatur. Cautio sive chirographum est duplex; unum inutile; utile alterum. Inutilis cautio est, quâ debitor confessus est se debere nullâ adjectâ debendi *s* causâ. Utilium duo genera vi & effectu distincta: quædam enim probationem & fidem rei gestæ inducunt tantùm: quædam vim habent obligationis, probationis solius nunquam. Probant duntaxat *t* eæ confessiones, quæ non sunt de pecunia mutua: obligationem parit sola *u* pecuniæ creditæ. Non tamen continuò, ut quis scripto confessus est, se pecuniam creditam accepisse aut sibi numeratam esse, literis efficaciter obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem, valet. Si verò intra hoc tempus beneficio retractandæ confessionis sibi indulto usus non sit, jam non probationis tantùm, sed etiam obligationis vim habere cautio incipit. Reme-

q Qui sine scripturæ confessus est, exceptionem pecuniæ non numeratæ non habet. No 90. c. 2. quippe cum nullâ præsumtione adjuvetur adversus confessionem (testibus n. ad futuram numerationem non utimur) stare suæ confessioni ex reg. generali cogitur. nisi apertissimis argumentis scripto insertis contrarium probet. l. 13. C. d. tit. Cautiones a. & chirographa dari solent spe futuræ numerationis, quâ ne frustretur debitor, nihil non facturus est. Rebuff. ad const. reg. de chir. & ced. art. 2. n. 18.

r Id expressum est in Inst. hoc tit. verbis (cessante sc. verborum obligatione) quod si intervenerit cautio & simul addita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex literis: sed tamen eandem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione. l. 9. C. d. tit. §. 2. Inst. de excep.

s l. 13. C. eod. l. cum de indebito. 25. in fin. de prob. c. si cautio. extra. de fid. Inst. Gail. 2. obs. 13. n. 9.

t Nihil n. æquius est, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere. d. l. 13. l. 1. §. 1. de int. act. sed habet hoc hanc exceptionem, & quidem perpetuam, nisi quis è contrario evidentissimis probationibus in scriptis habitis paratus sit ostendere, se falsò confessum esse. d. l. 13. d. l. 25. in fin. id a. certissimum argumentum est, nullam hic esse obligationem.

u Qua tamen appellatione etiam cætera res veniunt, in quibus mutuum consistit. l. 14. pr. C. eod.

dia

dia ad retractandam intra biennium confessionem *x* tria confitenti sunt prodita: Condictio sine causa, aut ob causam dati causâ non *x* secutâ ad repetitionem chirographi: querela non numeratæ pecuniæ, quam *y* testatò denunciabit creditori, ut exinde exceptio sit perpetua: exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra *z* biennium agentem, quæ præter naturam aliarum omnium exceptionum onus probandi transfert in *a* creditorem. Adjuncta est huic exceptioni generalis exceptio doli mali †.

Exacto biennio convertitur in contrarium vis cautionis & chirographi, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi *b* adstringitur. Sed quid dicendum, si debitor post biennium paratus sit probare pecuniam sibi numeratam non esse? & positâ obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascatur, consequens est omninò eum debitorem audiendum non *c* esse, qui chirographum quidem seu causam obligationis agnoscit: cæterum numerationem, quæ (jam) huc non pertinet, intervenisse negat. Manifestũ autem est non minùs ex literis, quam ex cæteris debendi causis obligationem nasci, quæ ob id dicta est literarum. Neque verò iniquum est debitorem post silentium totius biennii hanc quasi cõtempti beneficii juris pœnam lucre, ut confessioni suæ literis testatæ omnimodò stare cogatur. Porrò obligationem ita esse ex literis, ut simul sit ex contractu, nulla dubitatio est.

x l. 7. C. eod. l. 2. C. de cond. ex leg. add. Duar. c. 4. hoc. tit.
y l. si intra. & seq. d. l. 14. §. in omni. C. eod.
z l. 3. l. 5. d. l. si intra. C. eod. Inst. hoc tit.
a In cæteris n. exceptionibus reus actoris partibus fungitur. l. 19. de prob. differentiæ ratio significatur in l. 10. C. eod. quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi hæc probatio: cum non facti per rerum naturã probatio directa nulla sit. l. actor. 23. C. de prob.
† l. 3. C. de non num. pec. vel exceptio in factum detracta doli mentione l. 9. C. eod.
b Textus rotundi in l. 8. in fin. d. l. 14. pr. vers. nullo modo. & §. 2. in fin. C. eod. sed & disertè scriptum est in l. ult. C. de cond. ex leg. post biennium cautionem condici non posse.
c Cujus sententiæ, præter superiora, etiam hoc fortissimum argumentum est, quod post biennium ne jusjurandum quidem (species probationis levissima & expeditissimâ) actori deferre liceat. d. l. 14. §. 3. habet hæc sententia paucos assertores, sed gravissimos viros. Duar. h. tit. c. 4. VVes. Inst. eod. Fachin. 2. cont. 81. acerrimum a. om. Don. ad d. l. 8. & 13. C. eod. Cæterùm DD. comm. opinio, usu forensi approbata, hæc est, ut ante biennium exceptio sit privilegiata & probatio incumbat creditori, post biennium a. possit quidem debitor adhuc uti exceptione, sed ita ut ipse eam probare cogatur. vide praxim hujus obligationis apud Rebuff. ad const. reg. de chir. & ced. recogn. art. 2. n. 11. & seq.

CAP. XXXIV.

Quid debeatur ex unaquaque conventione.

QUid ex unoquoque genere contractuum debeatur, pro negotii cujusq; natura, ex iis, quæ hactenus disseruimus abundè parêre arbitramur. Superest ea videamus, quæ prętanda sunt ex conventione. De quo duplex est quæstio: una, an valeat conventio: altera, si valet, quid contineat. Quæ conventiones in singulis contractibus probentur aut improbentur, suprà satis est demonstratum. Eæ, quæ ad principalem contractum accedunt, siquidem liberandi debitoris gratiâ interponuntur, omnes in ea causa sunt, ut valeant, exceptis iis, quæ sunt contra jus, aut dolo malo *d* factæ. Quę verò conventiones accessoriæ ad obligandum interponuntur, ne sic quidem omnes valent, ut actionem pariant. Regula enim juris est, ex pacto actionem non nasci. Quod sic accipiendum est, si ex intervallo fuerit adjectum, secus si ex *e* continenti. Nam talia pacta bonæ fidei judiciis inesse, contractu contineri, legem contractui dare dicuntur: ex quo perspicuè palam est etiam actionem ex hujusmodi pacto nasci, eamque, quæ sit contractus ejus, cui adjectum est, propria.

d l. jurigentium. §. ait, 7. de pact. l. 6. C. eod. ubi Don. Duar. de pact. c. 4.

e d. l. jurisgentium. §. quinimò. 5. l. pacta. 72. ff. de cont. empt. l. 13. C. de pact. quos locos hîc indicasse sufficit, nam memini me hunc eundem locum attigisse sup. c. 5.

Quid contineat unaquæque conventio tum res promissa, tum circumstantiæ præstationis indicabant. In re videndum primò quid debeatur; deinde quantum. Res promissa est id, quod in conventionem deductum est. Id si certum erit, nulla porrò quæstio relinquitur. At † incerta sæpè efficitur promissio, idque aut conceptione conventionis; aut conditione rei promissæ. Conceptione conventionis dupliciter; si aut obscura sit ambiguavè oratio; aut si una res ex pluribus sub incerto promittatur. Conditione rei promissæ, cum aliud deberi intelligitur, quam quod verbis promissum est. Obscuritas cognitione lin-

† De contractibus certis & incertis, tum quando incertitudo vitiet disp. sitionem vid. Con. 6. Con. 3. Gom. 2 res. 11. n. 7, & seqq.

linguæ, tum uſu & conſuetudine loquendi explicanda eſt, ambiguitas ex more loquendi, in regione, in qua res geſta eſt, uſitato: aliàs ſi quid ambigui eſt, verba contra ſtipulatorem *f* interpretamur. Res una ex pluribus ſub incerto promittitur duobus modis; cum aut generaliter res incerta promittitur; aut plures certæ disjunctim. In genere promiſſo electionem tribuemus *g* debitori: ac ne neceſſe ſit eadem ſæpiùs inculcare, quæcunque de promiſſione alternativa mox dicemus, cùm quæritur, quid & quamdiu debeatur, eadem & de promiſſione generis intelligenda ſunt: dummodò tale ſit genus, quod utiliter in conventionem deducatur, ut homo, equus, bos. Quod ſi genus promiſſum inutilem efficiat conventionem, ceſſat interpretatio, veluti ſi promittatur animal, aut vinum, oleum, pecunia non *h* adjectâ menſurâ aut quantitate, ſi fundus aut domus. Tales enim conventiones deriſoriæ magis ſunt, quam utiles: quemadmodum de ejuſmodi legatis *i* reſponſum eſt. Hoc ampliùs etiam tum inutilem eſſe promiſſionem domus aut fundi generatim factam exiſtimamus, cum promiſſor ædes aut fundos habuit. Nec obſtat, quod domo legatâ, ſi teſtator domos habuit, exiſtimetur unam ex his, quam legatarius voluerit *k*, legaſſe: tralatitium enim eſt, teſtantium voluntates pleniùs eſſe interpretandas, cùm in contractibus obſcuris, quod minimum eſt *l*, ſequamur. Utique quod de pecunia & ſimilibus rebus ſine certa quantitate promiſſis diximus, ſic accipiendum eſt, ſi aliunde intelligi non poſſit, de qua quantitate actum ſit: nam ſi vel ex conventione præcedenti, vel ex demonſtratione conventioni inſerta certitudo aliqua quantitatis colligi poterit, aliud dicendum erit *m*.

f l. ſtipulatio iſta. 38. §. in ſtipulationibus 18 l. quidquid. 99. de V. O. l. cum quæritur. 28. de reb. dub. quippe in pari cauſa favendum reo, ut in rebus, quod minimum, in temporibus, quod longiſſimum eſt, accipiatur Don. noſter ad l 21. de reb. dub.

g §. ſi quis agenſ. verſ. præterea. Inſt. de act. l. cum res. 32. §. ult. de cond. ind. l. fidejuſſorem. 52. mand. vid. de hujuſmodi ſtipulationibus Gomez. 2. reſ. 11. n. 49. & ſeq.

h l. Ita ſtipulatus. 115. pr. de V. O. l. 1. C. de dot. prom. l. ſalarium. 17. C. mand. de ſententia d. l. 1. vid. Duar. 1. diſp. 56.

i à Paulo in l. ſi fundus. 71. de leg. 1. vid. quæ ſcripſimus ſup. c. 9. ſect. hactenus. item lib. 1. c. 57. ſect. voluntas.

k d. l. ſi domus. 71. de leg. 1.

l l. in teſtamentis. 14. junct. l. 9. l. ſemper. 34. ff. de R. I.

m Exempla in l. ult. verſ. utramq; C. de dot. prom. l. ſi triticum. 94. de V. O. l. 14. de ann. leg.

Disjunctiva promissio est, cū res plures promittuntur separatim. Id fit aut una enunciatione, ut Stichū *n* aut decem aureos dare spondes? aut diversis, cū puræ stipulationi subjicitur pœnalis, hoc pacto, Stichum dabis? si Stichum non dederis, decem aureos pœnæ nomine dabis? Non est autem eadem utriusq; stipulationis vis. In hac conventione, hoc aut illud dabis. obligatio ab initio *o* incerta est, sed fit certa duplici eventu, si una res *p* perempta sit, aut exempta *q* obligationi; aut una ex pluribus electa. Jus eligendi interdū stipulatoris est, plerumque promissoris. Stipulatoris tunc, cum id nominatim *r* cavit, puta his verbis, utrum volam? utrum voluero? aut si stipuletur, unam rem sibi sumere licere. At electio hæc personalis est: ideóque, licet obligatio ad alios transeat, eligendi tamen facultas non *s* transibit. Si de electione nihil convenerit, certi juris *t* definitio est, In alternativis obligationibus electionem esse debitoris: quo & ipso satis declaratur, eam pertinere ad omnes, ad quos hæc obligatio pervenit. Ac cui debitori electio competit, is eam tam diu retinet, quoad solverit, aut donec ventum sit ad exsecutionem *u* rei judicatæ. Creditor autem, qui sibi electionem excepit, usque ad litem contestatam mutare voluntatem potest, si modò hac *x*

n §. si quis agens. vers. huic autem. Inst. de act. aut si quis ex duobus equis, qui sunt in stabulo, unum stipuletur. l. qui ex pluribus. 206. de V.O.

o Planè si plures summæ (puta 10. aut 15.) disjunctim promissæ sunt, certa etiam ab initio obligatio habetur, quasi 10. promissa essent. l. 12. l. fi ita. 109. de V.O. quam summam debitor, quia in pecuniam affectio non cadit. l. 3. de in lit. jur. absque dubio est electurus. quare etiam minor tantùm summa libello intentionis inserenda, non ambæ disjunctim. Gom. 2. res. 11. n. 3.

p l. 16. de V.O. l. Stichum. 95. de solut. sine culpa tamen creditoris. arg. d. l. 95. §. 1. quid si vilior perempta sit, pretiosior remanserit? Pretium peremtæ solvendo debitorem liberari existimat Gom. 2. res. 13. n. 40. arg. l. cum res. 47. §. 3. de leg. 1. quod ego non facilè affirmaverim. Sunt, qui id concedunt, quando res citra culpam debitoris periit. vid. & Ant. Fab. 2. conj. 15.

q Etiamsi ad debitorem ex lucrativa causa pervenerit. d. l. 16. de V.O. nec obstat. §. 6. Inst. de leg. l. 17. de O. & A. nam regula de duabus causis lucrativis locum habet in debitione speciei certæ: at alternativa obligatio ab initio incerta est: & intelligitur debitor unumquodq; separatim promisisse, sub hac conditione, si alterum non dederit. arg. l. 9. de opt. leg. l. 3. qui & à quib. Fab. d. loc.

r Semper n. quod actum est, observatur, l. 34. de reg. jur. vid. l. ubi. 75. §. 8. l. si sic stipulatus. 93. l. si quis. 112. de V.O.

s l. si stipulatus. 76. in pr. de V.O. vid. Don. ibid. n. 3. & seq.

t Tradita in §. si quis agens. vers. huic a. Inst. de act. l. qui ex pluribus. 106. de V.O. & similib. locis. sumta a. est ex communi regula. l. 38. §. 18. de V.O. C. in alternativis. de R. I. in 6.

u d. l. 106. l. eum qui. 138. §. ult. de V.O.

x Quæ tractum habet, sin (utrum voluero) cum semel elegerit, mutare voluntatem non potest. l. si quis. 112. eod. At cur petitio actori electionem adimit, reo conservat? nempe quia actor unum petendo potestatem eligendo remittit. At quando debitoris electio est, petitur illud aut illud disjunctim, cui petitioni congruere debet sententia. l. ult. C. de fid. lib.

con-

conceptione (utrum volam) usus fuerit. Atqui in legato disiunctivo si heres aut legatarius semel vel extra judicium elegerint *y*, mutare voluntatem postea non possunt. Cur tam diversè? nimirum consequens id fuit dominio rei legatæ † per electionem alterutrius semel translato.

Dissimilis est conditio obligationis, cùm præcedenti conventioni subjicitur stipulatio pœnalis. De qua, relictis interpretum ambagibus, sic breviter statuimus: Commissâ stipulatione pœnæ, sive in dando sive in faciendo prior stipulatio aut conventio consistat *z*, utrumque nihilominùs deberi, & rem aut factum sive id, quod interest, & pœnam: sed peti alterum duntaxat pro arbitrio † creditoris posse.

y l. hujusmodi. 84. Stichum. l. 5. de leg. 1. l. 20. de opt. leg.

† Ut pote quæ efficit, ut perinde habeatur, quasi ab initio res certa legata esset. l. 13. de leg. 1. constat a. quod semel alienum quæsitum est, id nec ei invito auferri, nec ab eo repudiari posse.

z Neque n. stipulatione pœnali præcedens novatur obligatio d. l. 115. in fin. l. 41. & seq. pro soc. l. 28. de act. emt. atque ut maximè id jure veteri aliquando usu venerit, puta, ut Don. vult, cum stipulationi faciendi subjicitur pœnalis. l. 44. in fin. de O. & A. effectum tamen est constitutione Iust. ut non aliter novatio fiat, quam si id nominatim convenerit. l. ult. C. de nov. §. pen. Inst. quib. mod. obl. toll. vid. Hot. quæst. 10 Goed. 5. concl. 7. n. 54. *† Quippe qui non unumquodque disjunctim una stipulatione est stipulatus, sed separatim conventionibus propriis. vid. l. 4. §. Labeo. de exc. dol. d. l. 115. in fin. junct. l. 10. § 1. de pact.*

CAP. XXXV.

Interdum pro eo quod verbis promissum est, æstimationem deberi præstarique, interdum id, quod interest, ut in obligationibus faciendi. Quid sit id, quod interest.

SÆpè evenit, ut pro eo, quod verbis in conventionem deductum est, debeatur præsteturque *a* aliud. Id duplex; pro re promissa, æstimatio; pro facto, id, quod interest. De rebus promissis ita jus est; Quamdiu res extabit non deterior facta, & præstari potest sine injuria & incommodo debitoris, tamdiu deberi eam & peti oportere, petitam solam in condemnationem deduci.

a Locus hic pertinet ad omnia, quæ ex quavis causa debentur. Hinc igitur sumatur, quod cum cæteris causis commune est.

Tria autem sunt tempora, cum pro re certa debita æstimatio præstanda sit. Primum tempus est, cum res aut culpâ debitoris aut post moram periit: utrum-

que enim certo jure *b* perpetuat obligationem. Secundum est, cum res post moram facta est deterior, hîc quanti depretiata est, tantum in *c* æstimationem venit. Tertium, cum res aliena promissa æquo pretio *d* non est venalis. In vino, oleo, frumento, & similibus mercibus in genere debitis, condicione rerum accidit, ut quamvis in genere extent & præstari possint, tamen ob mutabilitatem pretii etiam æstimationis earum ratio *e* habeatur. De tempore ineundæ æstimationis † si res judicio petita sit, sic habetor; In bonæ fidei judiciis rei judicandæ *f* tempus, quanti res sit, observari; in strictis tempus spectari litis contestatæ: sicuti de vino, quod mutuum datum erat, per judicem petito, si dictum non esset, quo tempore redderetur, Sabinus respondit. In litem autem juratur, cum res debita post moram periit, etiam in actionibus *g* stricti juris. Hæc etsi pertinent ad omnia, quæ ex quavis causa debentur, tamen quia præcipuè locum habent in contractibus, non alienum fuit hoc loco attingere.

In obligationibus faciendi ab initio quidem, quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione & præstatione versatur, unde & obligatio faciendi dicta: nunquam tamen ita, ut id peti posſit: nam ex stipulatione faciendi non antè agi potest, quã illud tempus prætererit, intra quod fieri debuit & potuit, quod promissum est: sed eatenus tantùm, ut promissor præstando, quod promisit, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat, quod promissum est, ex inde solùm obligatione conti-

b l. si servum. 91. §. 3. l. nemo. 82. §. 1. de V.O. æstimationem a. deberi & peti post moram posse scriptum est in l. cum res. 47. §. ult. de le. 1. l. 8. de cond. furt.

c Vt etiam hactenus culpâ debitoris, perpetuetur obligatio. l. 3. de cond. trit.

d Hoc in l. si domus. 71. §. qui confitetur. de leg. 1.

e l. ult. de cond. trit. l. vinum. 70. de reb. cred.

† Merx aliqua, post moram, aut certa quidem species, sed quæ post litem contestatam perierit: nam si ante. jurabitur in litem.

f Distinctio expressè tradita in l. 3. §. 2. commod. add. d. l. 22. de reb. cred. d. l. ult. de cond. trit. quod sic accipio, ut in strictis judiciis præcisè spectetur tempus litis contestatæ: in bon. fid. verò non ita præcisè tempus condemnationis, quin etiam præcedentis temporis, si fortè æstimatio creverit, ratio haberi posſit.

g Quia judex æstimare, sine relatione jurisiurandi, non potest rem, quæ non extat. l. 5. §. ult. de in lit. jur. In bonæ fid. judiciis juratur in litem, etiamsi res adhuc extet, sed ob dolum tantùm. d. l. 5. §. 3. Omnia expendere non est instituti nostri. videat, qui volet, A. Fab. 16. coni. 1. 1. & 10. seqq. Don. ad d. l. vinum, Hot. quæst. 16. Cuiac. 8. ad Afric. in l. 37. mand.

netur

netur & debetur id *h*, quod intereſt. Sanè ſi promiſſor ante litem conteſtatam paratus ſit facere, quod omiſerat, adhuc audiendus eſt, & faciendo *i* liberabitur. Licet enim facultatem faciendi, quam initio accepit ex ſtipulatione, morâ commiſsâ, amittat: tamen quod morâ amiſit ſummo jure, id ex bono & æquo recipit moræ *k* purgatione. Cæterùm ex factis ea tantùm huc pertinere arbitror, quæ nuda ſunt & *l* ſimplicia, qualia ſunt exempli gratiâ, ut Romam eas, tabulam mihi pingas, foſſam fodias. Hæc facta hactenus tantùm, ut diximus, in obligatione eſſe intelliguntur, ut faciendo debitur liberetur, peti nunquam poſſint, ſed id ſolùm, quod intereſt, neque id ſtatim, ſed tum demum, cùm tranſierit tempus, quo potuerit fieri, quod promiſſum eſt. At ſi factum, quod in conventionem deductum eſt, in rei alicujus præſtatione conſiſtat, ſive ad dationem, dominiivè aut juris alicujus tranſlationem ordinetur, id magis pro *m* datione, quam pro facto habendum eſt. Fac, verbi causâ, rem certam mihi pure venditam eſſe; non dubito, quin eam ipſam *n* rem, quam emi, petere à venditore poſſim, & vel confeſtim, vel etiamnum poſt moram. Et quia certum eſt, quod hîc in obligatione verſatur, dubitandum non eſt, quin ex hac cauſa etiam certi condictio detur, ut pote quæ competit ex omni cauſa omnique obligatione, ex qua certum *o* petitur. At ex ſuperioribus cauſis certi condictio competere non poteſt: primùm, quia facta per rerum naturam condici non poſſunt: deinde, quia id, quod intereſt duntaxat in obligationem faciendi ita venit, ut peti poſſit: id autem incertum eſſe vel ex ipſa pro-

h Niſi tempus adjectum longius ſpacium tribuat. ſententia infinitis locis à veteribus tradita. l. 13. in fin. de re jud. l. 14. l. ſi pœnam. 68. l. ſtipulationes. 72. & ſeq. l. ſi quis. 1 2. §. ult. de V. O. §. ult. Inſt. eod. & à cordatiſſimis quibuſque interpretibus magno conſenſu recepta.

i Secus eſt, ſi poſt litem cōteſtatam. l. inſulam. 84. eod.

k l. ſi ſervum. 91. §. 3. eod. lite a. conteſtatâ, quia nova contrahitur judicati obligatio, facultas purgandæ moræ amittitur.

l Quæ in moris faciendi finibus conſiſtunt: quod veterum exempla manifeſtè probant.

m Sicuti ex diverſo datio ad factum ordinata, pro facto magis habenda, veluti ſi ancilla procuratori in rem ſuam conſtituto manumittenda detur, ut eleganter ſcribit Faynus in ſuppl. ad Con. lib. 7. c. ult.

n l. 11. §. 2. de act. emp. §. 2. Inſt. de don. arg. l. 6. C. de reſc. vend. quod & uſu receptum eſt. Cæterùm etiam contraria ſententia graviſsimos auctores habet, nec deſunt ſpecioſa argumenta, quibus effici videtur, nec venditorem cogendū rem præſtare, ſed liberari præſtatione ejus, quod intereſt. l. 4. C. de act. em. l. 17. C. de fid. inſt. Accuratè in utramq; partē diſputat Bach. in not. Treutl. part. 1. diſp. 28. th. 2. quem vid.

o l. certi condictio. 9. in pr. & deincepſ. de reb. cred.

nuncia-

nunciatione apparet. Obligatio hæc ex conventione, non quidem expressâ, sed ex eo, quod actum esse inter contrahentes ex fine ipsius proposito colligitur. Non enim tam propter factum, quod haberi non potest, quam propter utilitatem, quæ ex facto percipitur, factum in obligationem deduxisse credendum est, videlicet ut acquirant, quod suâ interest: qui finis est omnium conventionum †.

Hoc posito, deinceps ulteriùs quærendum, quid sit id, quod interest. Id autem ita definitur; Quod nobis abest, quodque lucrari p potuimus. Quod nobis abest de nostro, quod amisimus, cum prius habuerimus. Quod lucrari potuimus, neque lucrati aut consecuti sumus. Quod tamen non sic intelligendum est, quasi id ipsum, quod amisimus reddatur, sed ut necesse sit pro eo præstari q æstimationem, & in tantam pecuniam, quanti res omnibus communiter valet, reus condemnetur. Est enim id, quod interest, unius generis, non triplex, singulare, commune, conventum, ut plerique existimaverunt: ex quibus remoto r primo & s tertio, secundum t duntaxat retinendum est. Ex his autem jam liquidò patet, incertum planè esse id, quod ex obligatione faciendi debetur: siquidem id, quod interest, incertum est. Incertitudo hæc duplex: una in quantitate obligationis: quæ idcirco incerta est, quia pendet ex incerto eventu; an aliquid & quantum debeatur: altera in probatione, quæ admodum difficilis, quia quatenus cujusque intersit, non in jure, sed in x facto consistit: eâ autem deficiente sæpè id, quod interest, ad minimam summam

† l. 38. §. alteri. de V. O. Bart. & DD. hanc differentiæ inter obligationes dandi & faciendi rationem reddunt: quod species quædam servitutis videatur, cogere quem ad aliquid faciendum, in dando a. cessare molestiam personalem.

p l. 13. rem. rat. hab. exempt. in l. 33. pr. & §. 1. l. Titius. 43. in fin. & seqq. de act. emp. l. 1. §. ult. quod cert. loc. Ab Accurs. & DD. in l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. definitur, damnum emergens & lucrum cessans, ex eo, quod factum non est, quod debuit, eod. planè sensu.

q l. un. C. ubi conv. qu. cert. loc. l. 72. pr. ff. de V. O.

r Nempe singulari, quoniam res non ex privata affectione æstimantur, sed ex eo, quanti communiter omnibus valent. l. pretia. 63. ad leg. Falc. l. 33. ad leg. Aqu. s Convento sc. id est, pœnâ, nomine ejus, quod interest, promissâ. est n. certa pœnæ quantitas. §. ult. Inst. de V. O & peti potest, etiam tunc, cum nihil interest. l. 38. §. alteri. ff. eod. t Quod Commune idcò vocant, quia communiter æstimatur, nam si utilitatem cujusque actoris spectamus, nihil interest, nisi singulariter. ut rectè Baro lib. 4. c. 2. de divid. & jud. u Utramque breviter notavit Inst. in d. §. ult. Inst. de V. O. x l. 24. de R. I. Facta a. non sunt ex numero eorum, quæ certo jure decidi possunt. l. mora. 32. de usur.

mam *y* deducitur. Quamobrem ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quod ſuâ interſit, optimum erit, ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, pœnam ſubjicere, ut ſi ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine *z* præſtetur. Pœnam enim cum ſtipulamur, non illud inſpicitur, quod interſit noſtrâ, ſed quæ ſit quantitas in *a* conditione ſtipulationis. Sed & adjectâ pœnâ manet nihilominùs obligatio & actio in id, quod intereſt, ut pro arbitrio vel hoc vel illam petere ſtipulatori liceat: quemadmodum dictum eſt capite ſuperiore. Quæ porrò dubitationes circa id, quod intereſt, incidere ſoleant, in ſecunda parte, Deo volente, à nobis expedientur.

y Teſte Venul. in l. ult. ff. de præt. ſtip.

z Quæ veterũ hac in re cautio eſt. d. §. ult. Inſt. de V. O. l. 38. §. alteri. ff. eod.

a Ut hac exiſtente committatur pœna. d. §. alteri. §. 18. Inſt. de inut. ſtip. ſicut accidit in omni ſtipulatione conditionali. §. 2. Inſt. de V. O.

CAP. XXXVI.

Quantum ex quaque conventione debeatur, & de dividuis individuiſque obligationibus.

DIximus in re promiſſa quærendum eſſe non ſolum, quid debeatur, ſed etiam quantum. Quæſtio ſupervacua in uno debitore, uno creditore. In pluribus utilis ad hoc, ut norimus quantum quiſque debeat, quantum cuique debeatur. Nam ſi obligatio diviſionem recipiat, pars tantùm inde cuiq; debebitur à ſingulis, non ſolidum. Plures debitores efficiuntur duobus modis. Uno, cum plures eandem rem principaliter promittunt. Id cum fit, placet obligationem dividi pro numero perſonarum, & ſingulos *b* pro virilibus tantùm partibus teneri & conveniri poſſe. Enimverò hoc ita, niſi apertè hoc actum ſit, ut duo rei debendi eſſent: nam hoc caſu certum eſt olim quidem ſingulos in ſolidum obligatos fuiſſe, ut eſſet in poteſtate creditoris ex pluribus convenire eum, quem vellet: Verum id novellâ Juſtiniani conſtitutione, περὶ ἀλληλεγγύων, mutatum eſſe hodiè creditur, ut jam non aliter in ſolidum unus cõveniri poſſit, quam ſi al-

b L. reos. 11. §. 1. ff. de duob. reis. et g. l. 24. de leg. 1.

c Quâ voce Græci non modò mutuos fidejuſſores appellitant, ſed & correos quoſcunque, auctore non ſolùm Cuiac. ad d. Nov. ſed etiam Conſtantino in Lexic.

ter aut non sit solvendo, aut *d* beneficio divisionis renunciaverit. Altero modo plures debitores fiunt, si uni debitori plures heredes extiterint: qui & ipsi non in solidum singuli, sed pro partibus hereditariis tenentur. Cæterùm hæc *e* quæstio est alius loci. Creditores plures fiunt trifariam. Primùm, cùm plures eandem rem stipulati sunt ab eodem debitore. Hic vice versâ singulis tantùm *f* pars debebitur: præterquam si hoc actum sit, ut duo rei stipulandi essent: nam in his veteri juri nihil est derogatum. Secundò cum servus communis dominis suis stipulatur, quæ stipulatio unicuique dominorum pro portione dominii *g* acquiritur. Tertiò, cùm uni creditori plures heredes extiterunt, inter quos actio ipso jure dividitur †.

Hoc verò totum ita habet, si obligatio divisionem recipiat. Quotiens autem obligatio divisionem non admittit, totiens & singuli in solidum tenentur, & singulis solidum debetur. Quæ stipulationes obligationesque divisionem non recipiant, intelligemus ex hac partitione. Stipulatio ac similiter obligatio omnis divisionis expers est aut naturâ rei promissæ, aut formâ & conceptione conventionis. Naturâ rei, si ea res debeatur, quæ nullam sectionem patitur. & hoc est, quod *h* dicitur, stipulationes non dividi earum rerum, quæ divisionem non recipiunt. Rerum appellatione & res, quæ propriè ita dicuntur, & facta comprehendimus. Res aut corporales sunt, ut homo, bos, fundus: aut incorporales, ut hereditas, obligatio, servitutes. Corporales omnes naturâ suâ recipiunt divisionem. Hoc ut faciliùs rudiores assequantur, sciendum est, res non solum corpore, sed etiam *i* intellectu dividi, re manente integrâ: quo sensu à nostris etiam res animatæ divisionem recipere dicuntur.

d Quod & usus confirmat. dissent. è recentioribus nonnulli ob inscriptionem Græcam. Latinè inscribitur de treis promittendi. est a. No. 99. unde desumta est auth. hoc ita. C. duob. reis. Quod si plures sint accessiones principalis obligationis, puta fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, hi si tempore litis contestatæ omnes solvendo sint, juvantur beneficio divisionis ex epistola Divi Hadriani. § 4. Inst. l. si ita tero 20. & seq. ff. de fidejuss. Si unus fidejussor tantùm, hic quia universam obligationem in se suscepit, in solidum tenetur: sed succurritur ei beneficio excussionis. De quib. fusiùs inf. c. 61.

e Tractata à nobis lib. 1. c. 43. *f d. l. reos. 11. §. 1. de duob. reis. junct. §. 1. Inst. eod. tit.* *g l. 5. de stip. serv. l. si unus. 19. de serv. præd. rust.* *† Non pro virilibus portionibus: sed pro hereditariis. l. 6. C. fam. erc.* *h Ab Ulpiano in l. stipulationes. 72. in pr. ff. de V. O.* *i l. 5. de stip. serv. l. Mævius. 66. de leg. 2. Atque hæ partes propriè appellatione partium continentur. l. 25. de V. S.*

Itaque

Itaque pars Stichi ex stipulatione tam deberi, quam peti & *k* solvi potest, pars reliqua retineri, ut ita incipiat duorum esse communis pro partibus indivisis, ut neuter possit suam partem à parte socii sui discretam ostendere. Quomodo igitur hæ res dividi dicuntur, si partes per se indivisæ manent & indiscretæ? Emolumento nimirum, quod propter partem divisim *l* percipitur.

Ex rebus incorporalibus, solæ *m* servitutes individuæ sunt, excepto *n* usufructu. Neque est, quod quisquam miretur, etiam illas res à nobis dici dividi posse, quarum nullum subest corpus, sed tantum notio quædam seu conformatio insignita & impressa in intelligentia: nihil enim prohibet etiam istas res intellectu in partes pro indiviso secernere, si tales sint, ut quod ex his percipitur *o*, dividi naturâ possit. Quippe sciendum est, res incorporales dividuas æstimari non ex eo, quod sunt naturâ, sed ex eo, quod ex his jure percipitur. Quocirca sic in universum statuimus; Res incorporales omnes esse dividuas, quæ pertinent ad consequendum id, quod naturâ dividi potest; ut hereditas; obligatio & petitio cujusque rei dividuæ *p*; ususfructus. Cæteræ verò servitutes, quia solo usu & facto terminantur, nec ulla res inde acquiritur, quæ sub sensum cadat, aut dividi possit, pro individuis habeantur. Si quis igitur exempli gratiâ, stipulatus est viam aut iter ad fundum suum, & promissor viæ decesserit pluribus heredibus relictis, singuli heredes in *q* solidum tenentur: cæterùm quo casu unus solidum præstiterit, repetitionem habet à coheredibus judicio *r* famil. erciscundæ. Vice versâ & stipulatoris viæ aut itineris heredes singuli in solidum habent actionem: sed uno agente cæterisque paratis rem admittere, damnabitur

k l. 9. §. 1. de solut. vid. Duar. & Don. ad. l. 2. §. 1. de V. O.

l in emolumento enim, ipsa pars quodammodò percipi videtur.

m l. via. 17. de serv. l. stipulationes. 72. de V. O. l. usus. 19. de us. & Hab.

n l. 5. de usufr. l. 1. §. si usuff. 9. ad leg. Falc. nam quod in d. l. 72. generaliter dicitur, servitutes non recipere divisionem, constat eo sensu dictum esse, quo servitutes prædiorum per excellentiam nominis absolutè ita nominantur. §. ult. Inst. de us. & hab. l. 4. de serv.

o Eleganter Eguin. Baro. lib. 1. c. 2. & 3. de div. & ind.

p l. 9. §. heredes. 12. ff. de her. Inst. l. 6. C. fam. erc. d. l. 5. de usufr. Don. ad. d. l 2. §. 1. n. 12. & 3. seqq.

q d. l. 2. §. 7. & 2. d. l. via. 17. de serv. l. heredes. 25. §. in ea. & § seq fam. erc.

r d. l 2. § 2. d l heredes. § contra. 10. primùm tamen impetrabit tempus à judice, intra quod agat cum coheredibus, ut servitutem communiter imponant. l. 11. § antep. de leg. 3.

pro-

promissor in servitutis æstimationem pro parte tantum agentis hereditaria s.

Facta item utrum dividua sint, an individua, ex genere facti æstimandum. Quidquid fit, aut in faciendo est; veluti, rem tradi, insulam ædificari, fossam fodi: aut in non faciendo; veluti, per te non fieri, quo minùs mihi ire agere liceat; ampliùs non agi. Quæ facta sunt in faciendo, ea omnia in ea causa sunt, ut divisionem t non recipiant. Sed quia, si non fuerit factum, quod promissum est, pecuniam dari oportet, eo casu etiam in hoc genere dividi stipulationem dicendum est, & juxta u æstimationem facti petitionem dari. Quæ facta sunt in non faciendo, ea non tantùm pro ratione ejus, quod interest, sed etiam genere ipso facti partim individua sunt, partim dividua. Individua. Individua, in quibus, si unus fecerit contra, quam cautum est, tam id nocet, quam si omnes id commisissent, ut in hac stipulatione, per te non fieri, quo minùs mihi ire agere liceat: in quam nisi in solidum peccari non potest. Sin adversus id, de quo cautum est, ne fieret, non potest peccari ab uno, nisi pro parte, tum hoc factum, dividuum esse dicimus, veluti si cautum sit x, amplius non agi. Nam quisquis aget contrà, non ultrà stipulatori nocere potest, quam pro y parte.

Quamvis autem factum individuum hujus generis in obligatione versetur, ut illud, iter fieri: non continuò tamen obligatio per omnia individua est. Nam si contra factum erit ab uno ex heredibus promissoris, committitur etiam hîc stipulatio in id, quod interest, aut pœna, si ea stipulationi subjecta est. & committitur quidem in z solidum adversus omnes: ita

s d.l. heredes §. an ea. l. 4. §. 3. si serv. vind. Cur tam variè? nimirum metimur omnem actionem ex jure ejus, qui agit, non ejus, unde petitur. l. 1. §. 1. si pars her. pet. Igitur, etsi servitus ipsa individua est, jus tamen petitoris non ulterius progreditur, quàm quatenus ejus interest. d. l. 4. §. 3.

t Etiam in his rei alicujus corporalis præstatio aut operis effectio continetur. d. l. stipulationes. de V. O.

u d. l. stipulationes. vers. Celsus. ubi vulgò legitur justâ æstimatione facti.

x Quâ utimur in transactionibus, dum paciscitur actor, se amplius non acturum. l. si de certa. 31. C. de transf.

item in stipulatione, Dominum heredemque ratum habiturum. *hac distinctio est & disputatio Catonis in l. 4. §. Cato. de V. O in quem locum vid. Lal. Taur. Duar. & Don. Minus placent Cujaciana.* *y Hereditaria sc. ultrâ quam agere jure suo non potest. arg. l. 6. C. fam. erisc.* *z Id est, ut omnes propter factum unius incipiant teneri. d. §. Cato. Neque hoc iniquum est, quia conditio stipulationis hereditariæ, uno contra faciente, existit. l. inter coheredes. 44. §. 5. fam. erc. potuit a. defunctus hujusmodi stipulatione obligare heredes.*

tamen,

tamen, ut singuli pro parte tantùm hereditaria conveniri possint, quod autem propter unius factum cæteri præstiterunt, id ab eo repetere possunt judicio † famil. ercisc. Ex stipulatoris verò heredibus, si unus prohibeatur ire agere, siquidem pœna stipulationi adjecta sit, in solidum committetur: sed qui non sunt prohibiti doli mali exceptione submovebuntur: si pœna nulla posita erit, tunc pro *a* parte ejus tantùm, qui prohibitus est, committetur stipulatio. Quod si factum ipsum dividuum est, ut illud, amplius non agi, tum is heres, qui contra fecit, pro portione sua solùm pœnā *b* committit, aut in id, quod interest, obligatur.

Formâ promissionis stipulatio divisionem non recipit in tribus his generibus; in homine generaliter promisso; in stipulatione alternativa; in pœna promissa, si tota sors certo tempore non solvatur. In duobus prioribus generibus ideò, quia si parte ab uno solutâ, is liberaretur, eveniret, ut duorum hominum partes solvi possent, contra conceptionem *c* conventionis. In postremo genere conditione ipsâ hoc efficitur, ut nullus heredum promissoris evitet pœnam; nisi *d* tota sors soluta sit. His generibus stipulationum remotis, reliquæ omnes in ea causa sunt, ut divisionem & partium præstationem admittant. Quotæ hæ sint partes, facilis præceptio est. Si plures simul promiserint *e*, æquales partes debebunt: quod si unius promissoris plures sint heredes, pro portione *f* hereditaria singuli tenebuntur. De partium qualitate ita habebimus, ut in generibus promissis, putà pecunia, aut re aliâ, quæ pondere, numero, mensuravè constat, numero fiat divisio: in specie, corpore *g*.

† d.l.2. item fi.5. de V. O. & d.l.44. §. 5. fam erc.

a Quia tum id, quod interest, petitioni modum facit. d. l.2. §. ult. & l. seq. eod. tit.

b d. §. Cato. l.4. de V. O.

c Ex quâ homo, non duorum hominum partes debentur. hæc in d.l.2. §.1. & l.9. §.1. de solut. non idem periculum metuitur, cum pars accepto fertur, aut alio modo, quam solutione liberatio contingit. d.l.2. §. 3. l.17. de accept. idem ergo erit, si cum uno ex heredibus promissoris egero d. l.2. §.3. & succubuero. Quid si vicero? Cujac. & vulgò DD. negant condemnatum partem solventem liberari, ob eandem vid. rationem, ne diversorum hominum partes solvantur. contra Don. & Ale. affirmant.

d Aliud n. in hujusmodi stipulationibus sine manifesta stipulatoris injuria constitui non potest. l. 5. §. ult. de V. O.

e Sive viriles. l.11. §.1. de duob. reis. l. cui fundus. 56. de cond. & dem.

f l. ea qua. 6. C. fam. ercisc.

g Sententia exemplis declarata in l. in stipulationibus. 54. de V. O. & l.29. de solut.

CAP. XXXVII.

Quando quidque ex contractu præstari debeat aut peti possit.

HIs in re promissa observatis tenebimus, quid quantumque ex conventione & contractu debeatur. Transeamus ad circumstantias præstationis: easq;, quoniam de personis contrahentium in singulis contractibus actum est, nunc in rebus tantùm extra personas consideremus. Circumstantiæ hujus generis duæ; tempus præstandi, & locus: totidemque hinc quæstiones; quando quidque ex contractu præstari debeat; & quo loco. Primum conceptio contractus indicabit. Omnis conventio aut pura est, aut *u* dilationem habet. Quæ sit pura, meliùs intelligetur, si cognoverimus, quæ habeat dilationem. Dilatio duplex; conditio conventioni adjecta, & dies. Conditio, ut alibi quoq; eam definivimus, est enunciatio, quâ id, quod fieri aut dari volumus, confertur in aliquem *x* casum. Conditionem igitur duo faciunt, dilatio, & casus sive incertus eventus: proinde nec conditiones, quæ obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad *y* præsens aut præteritum tempus referuntur, nec quas certum est omnimodò extituras esse, pro conditionibus sunt habendæ; veluti si stipuler mihi dari *z*, si morieris. Cæterùm quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, obligationem facit conditionalem: nisi aut *a* impossibile sit, aut arbitrio promissoris apertè permittatur. Nam hujusmodi conditiones inutilem conventionem jam inde ab initio efficiunt, ut supra quoque capite 4. dictum est.

u Quæ si iterum in duo inferiora genera dividantur, existent triâ illa à Inst. posita in §. 2. Inst. de V.O.

x §. sub conditione. 4. Inst. d. tit. vid. cap. 61. lib. 1.

y Etsi à contrahentibus rei veritas ignoretur. §. pen. Inst. d. tit. l. 37. & seq. de reb. cred. Dicuntur tamen conditiones, quia formâ & conceptione verborum tales sunt.

z Quippe quæ res non conditione suspenditur, sed morâ. l. 18. de cond. ind. l. 9. §. 1. de novat.

† *Respicio ad receptam conditionum distinctionem. quædam n. dicuntur casuales, quæ à solo casu dependent, ut si navis ex Asia venerit. quædam potestativæ, quæ in potestatem reorum conferuntur, ut, Si Titius capitolium adscenderit. quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut Si Mæviam uxorem duxeris.* a *De impossibili est in l. 7. de V.O. §. si impossibilis. de inut. stip. de collata in arbitrium rei promittendi in l. 17. eod.*

Con-

Conventio autem conditionem habere dupliciter deprehenditur aut enim verbis exprimitur conditio; aut tacitè inesse intelligitur. Exprimitur duobus modis: uno, expressâ figurâ conditionis, si quid factum fuerit aut non fuerit: altero, cum exigimus, ut prius quid fiat, sic deinde sequatur, quod fieri volumus, ut puta, Stichus 10. Titio dato, sic deinde *b* liber esto. Non expressa quatuor ex rebus intelligitur: ex tempore incerto, in quod res differtur: ex demonstratione in futurum collata: interdum ex natura rei promissæ: *c* nonnunquam ex conditione personæ stipulantis. Dies incertus conditionem facit. Is duplex: aut enim certum est eum exititurum esse, qualis est dies mortis cujusque: aut incertum, ut, dabis cum Titius pubes factus erit. Ambo hi in *c* legatis, posterior in *d* contractibus tantùm pro conditione habetur. Unum etiam genus diei incerti contractum non facit conditionalem, nempe in hac oratione, cum petiero dabis, quod ex proposito contrahentium intellectum est: quorum procul in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio *e* differatur in casum. Ex demonstratione rei promissæ inesse conditio intelligitur, quoties in futurum concipitur, veluti, Stichum, qui hoc anno *f* tuus erit, quod patrem meum debere constiterit, dare *g* spondes? Naturâ rei promissæ conditio inducitur, cum ea res promittitur, quæ nondum est in rerum natura, utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Hujus *h* generis est promissio fructuum, qui adhuc in fundo nascentur; item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur. Ex

b l. servus decem. 68. de solut. l. 22. pr. & §. 1. de statul. l. 20. §. pen. de cond. Inst. hoc n. ordine rei gerendæ constituto conditionis definitio exprimitur.

c l. si Titio. 22. qu. dilig. l. dies. 75. de cond. & dem. quamobrem si legatarius antè decesserit, legatum ad heredem non transit. l. 5. qu. di. leg. l. 1. §. 1. de cond. & dem. vid. c. 61. lib. 1.

d Proinde si ante diem mortis solutum est, repeti non potest. l. 16. & 2. seqq de cond. ind. rationem differentiæ reddimus lib. 1. c. 61. Manifestus igitur est error Gœd. ad l 1. n. 17. de V. S. contendentis nullam ante mortem oriri obligationem.

e Ideoque si decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio. l. si decem. 48. de V. O.

f Hoc in legatis certo jure receptum. l. 6. de leg. 1. l. nuper. 85. de leg. 3. multo magis igitur recipiendum in conventionibus. arg. l. 9. l. 34. de R. I.

g Hoc exemplum est in l. qui Romæ. 121. §. Aggerius. de V. O. Huc pertinet exempl. in l. decem. 116. eod. ex eodem quoque fonte est, quod traditur in l. quod sæpe. 35. § in his. & seq. de cont. emt.

h Vid. l. interdum. 73. de V. O. l. 1. §. ult. de cond. & dem. l. 21. de jur. dot.

conditione personæ stipulantis inest conditio, cum servus hereditarius, aut ejus qui apud hostes est, stipulatur: ubi hæc conditio intelligitur, si heres extiterit, si dominus ab hostibus redierit *i*.

Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente eâ nihildum debeatur, eâ impleta perinde habeatur, ac si ab initio contractus debitum fuisset, deficiente, quasi nulla obligatio fuisset *k* contracta. Et quia pendente conditione nec dum ulla obligatio nata est, hinc elicimus, nec *l* solvi promissum pendente conditione, nec novari aut constitui posse, nisi hac lege, ut eadem conditio *m* expectetur, denique si solutum sit, repetitionem *n* esse. Hinc jam porrò quærendum, quomodo & quando conditio quæque rectè impleatur, seu modus implendi & tempus.

Modus implendæ conditionis hic est, ut impleri debeat ad formam & præscriptum verborum, in quo congruunt omnia cum legatis; ut impleatur in persona *o* ejus, in cujus persona ex verbis stipulationis eam impleri oportet; ut is impleat, cui faciendi aut dandi conditio injuncta est: & ideo personæ defuncti injuncta ab heredibus *p* impleri non potest: Nam quod hæres succedere in locum defuncti dicitur, hoc ad ea, quæ personæ *q* cohærent & facti sunt, non pertinet. Quid est igitur, quod *r* dicitur, ex conditionali stipulatione spem esse debitum iri, eamque spem ad heredem transmitti, aliter atque in legatis? videlicet dictum hoc est de conditionibus, quæ in casum † conferuntur, ad eas, quæ personæ defuncti impositæ sunt, non pertinet.

Etiam suo tempore conditionem impleri oportet. In quo alia plerumque conditionis interpretatio est in

i Nempe quia non ex sua, sed domini persona stipulandi jus habet. d. l. interdum. §. 1.

k §. 4. Inst. de V. O. l. 8. ff. eod. l. cedere diem. 213. de V. S. l. si pupillus. 26. de cond. Inst.

l Nec creditori invito pecuniam offerri. l. 38. §. inter. de V. O. l. qui promisit. 41. de cond. ind.

m l. 14. §. 1. de nov. l. 19. de pec. const. quod n. non debetur, nec novari potest. l. 1. de Nov. nec constitui. l. 1. de pec. const.

n l. 16. & 18. de cond. ind. sed etsi sciens solvit, repetet condictione ob causam dati causâ (liberatione sc.) non secutâ.

o Perinde ut in hujusmodi legato. l. qui heredi. 44. de cond. & dem. *p l. à testatore. 109. de tit. exemplum in l. si ita: 69. eod.* *q l. 13. sol. mat. l. 8. §. 3. de lib. leg. tale a. quid est conditio personæ injuncta. d. l. 69. d. l. 44.* *r In §. 4. Inst. l. 57. ff. de V. O.* *† Cur igitur non idem receptum in legatis sub hujusmodi conditione relictis. l. 5. quando dies leg? Qui contrahit, non tantum sibi, sed etiam heredibus suis prospicere velle creditur. l. 9. de prob: testator a. soli legatario, nam legata ob meritum aliquod ferè relinquuntur. l. 9. pro soc.*

lega-

legatis, alia in contractibus. Nam si conditio sit in faciendo, ut si creditor hoc aut illud fecerit, in legatis tempus conditionis implendæ est, cum primùm facere potuit: in contractibus *s*, quamdiu. In conditionibus in non faciendo hoc observatur, ut si conventio à conditione incipiat, veluti, si statim ita stipuler, si in Capitolium non ascendero, dabis? expectetur, donec amplius fieri *t* non potest. In legatis tum Mucianæ *u* cautionis utilitati est locus, ut in argumento de legatis est observatum. Sin stipulatio incipiat ab alia pactione, veluti si ita concepta sit, Si Pamphilum non dederis, Stichum dare spondes? committitur stipulatio simulac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit. quod exemplo penus hoc modo legatæ *x* defenditur. Sed & in hac stipulatione, si reus quadraginta, quæ ei credidi, non solverit, fide tuâ esse jubes? placuit conditionem fidejussoriam reo interpellato non solvente statim existere; nimirum quia & hæc stipulatio à præcedenti tacitè incipit vi & naturâ stipulationis *y* fidejussoriæ: idque & in aliis *z* causis ex mente contrahentium, quæ hanc interpretationem flagitat, defendi potest. Quid si paratis nobis conditionem implere, per eum, cujus interest non impleri, fiat, quominùs impleatur? perinde scilicet habebitur, ac si impleta esset: uti in legatis & hereditatibus observatur †.

s l. hæc conditio. 29. de cond. & dem. junct. l. 23. de serv. pr. urb. differentiæ ratio hæc est, quod in legatis conditio ex voluntate testatoris implenda est, in conventionibus ex mente co[n]trahentiũ, & fere secundum promissorem interpretamur. l. 99. de V. O. *t l. Ita stipulatus. 115. §. 1. de V. O. perinde u. est. ac si stipulatus essem, cum moriar, mihi dari. d. §. 4. eod.* *u l. 7. de cõd. & dem. de qua cautione tractavimus lib. 1. cap. 61. In contractibus huic cautioni idcirco locus non est, quia existente conditione eo tempore, quo stipulator moritur, heredes actionem habent. vid. Ant. Fab. 2. com. 16.* *x à Sabino, cui in hoc assentitur Papin. d. l. 115. §. 2. de V. O. congruit. l. 1. de pen. leg.* *y Quam constat à principali obligatione pendere. l. 16. §. ult. de fidejus.* *z Exempl. in l. 17. & l. ult. de man. test. in l. 9. de V. O. De cujus l. specie vid. Don. add. & Gœd. de cont. stip. c. 8. conc. 9. n. 136.* *† l. 24. de cond. & dem. l. in jure. 161. de R. I. quod expositum est in in argumento de legatis, lib. 1. c. 62.*

CAP. XXXVIII.

De jure conventionis in diem.

Superiori generi finitima est conventio & obligatio in diem, quæ & ipsa dilationem habet, tametsi haud parùm dissimilem. Nam in conventione in diem præsens obligatio est, solutio tan-

tum *a* dilata. Proinde sic definiatur; Conventio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. In hac definitione tria distinctè expendenda; dies; quo pecunia solvatur; adjectus conventioni. Diem hîc certum accipere debemus: quippe incertus pro conditione *b* plerumque habetur. Neque tamen is dies adjectus simpliciter, conventionem in diem facit, sed ita demum, si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causâ. Quocirca si die adjecto solutio non differatur, quod accidit, cum aut *c* finiendæ aut *d* multiplicandæ obligationis *e*, aut temperandæ conditionis causâ apponitur, conventio in diem non erit. Quid si ita stipuler; hodie dare spondes? & Papinianus *f* respondit, in proposito diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum. Una species negotii (depositum) diei adjectionē in totum *g* repudiat. Deniq; & adjici diem necesse est. Adjicitur aut apertè, aut tacitè. Apertè, ut in *h* formulis usitatis. Tacitè inest aut ipso jure, ut in constituto *i* decem dies: aut potestate conventionis *k*, ut in stipulatione operis, fundi dandi tradendivè, item ex locò stipulationi inserto. Quod tempus hîc sequamur, docebit nos elegantissima Venuleii *l* disputatio, quæ extat sub tit. de verb. obligat. Quod autem his

a §. 2. *Inst. de V.O. l. cedere diem. 213. de V.S. quod igitur dicitur in l. 41. pr. ff. de V.O. diem efficere, ne præsenti die debeatur, cum effectu accipiendum est, ita ut etiam peti possit.*

b *Sc. si is prorsus incertus, ut superiore capite dictum est.*

c *Veluti Dabis usque ad Calēdas Martias? l. 44. de O. & A. §. 3. Inst. de V.O. enimverò pura quidem hîc est obligatio, at post tempus petenti obstabit exceptio pacti aut doli. dd. loc.*

d *Cum quid promittitur in singulos annos aut menses. d. §. 3. l. 56. §. 4. de V.O. l. 6c. loc similiter ut in legatis ejusdem generis. l. 11. & seq. qu. di. leg.*

e *Veluti Si Titius intra Cal. Martias in Italiam venerit. conditione & die in personam extranei collato. Hæc igitur stipulatio non expectato die committetur statim, quam exploratum est eo die venire Titium non posse. l. 10. de V.O. Non idem placet, si conditio addito die collata sit in factum promissoris. exempl. in l. 8. eod. sed dies expectandus dicitur. Cur tam varie? quia in priore specie dies non adjicitur solutionis differendæ gratiâ: quippe nec promissoris causâ, qui interim nihil facere potest, quo evitet pœnam. In posteriore contrà, quia conditio potestati promissoris permittitur. Est tamen superioris speciei quædam exceptio in l. 4. §. 1. de cond. & dem. add. Don. & Cuiac. ad dd. ll. Gom. 2. res. 11. n. 32.*

f *l. liber. 118. §. decem. de V.O.*

g *l. 1. §. antep. & seq. depos. cuius juris manifesta ratio est: nam cum deponentis solius utilitas in deposito versetur, nihil interest depositarii ante diem non reddi.*

h *Vide. §. 2. Inst. de V.O. l. 8. 12. 13. 27. §. 1. 41. & seq. ff. eod.*

i *l. promissor. 21. §. 1. de pec. const.*

k *l. 14. l. interdum. 73. ff. §. loca. Inst. de V.O. §. ult. Inst. de inut. stip. quo loco etiam hominis stipulatio spacium habere dicitur. sed, opinor, de eo servo hoc accipiendum est, qui conditione personæ aut lege mancipii nisi certo loco morari non potest. tit. de serv. exp.*

l *In l. continuus. 137. §. 2. & 3. ff. eod.*

for-

formulis promissum est, Calendis Martiis dare spondes? aut, ante vel post Calendas, biennium, nundinas dare spondes? non priùs rectè peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint *m*.

Diei igitur adjecti hæc vis est, ut confestim quidem debeatur, sed peti, nisi totus is dies præterierit *n*, non possit. Cui ergò bono, inquis, hæc obligatio? alia videlicet commoda adfert stipulatori: cujusmodi *o* sunt, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem ejus obligationis principalis peti possit. In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditori rectè solvat. Nam cum diei adjectio pro reo sit medium tempus liberum esse ei debet ad *p* solutionem. Cæterum si appareat diem adjectum esse etiam *q* creditoris gratiâ, aliud dicendum est.

m Ut promissio semper ad tempus finitum non cœptum referatur, cum dies adjicitur pro reo non pro stipulatore. l. 13. l. 41. §. ult. l. 42. l. 56. §. 5. Lenm qui. 1 38. eod. §. ult. Inst. de inut. stip. In diversis temporibus, longissimum, sicuti in summis minimã, sequemur. l. 12. eod. Quid si simpliciter hoc modo, Cal. Ianuariis dabis? nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio. d. l. 41. ubi Don. quem omnino vide. *n Sanè si qua justa causa suadeat, timor forte fugæ, dilapidationis & c. poterit debitor etiam ante diem compelli ad præstandam cautionem. l. 41. de jud. Bronch. 2. ass. 70.* *o Vid. l. 10. de cond. ind. l. 1. & 5. de nov. l. 3. §. ult. & l. seq. de pec. const.* *p Quæ ratio redditur in l. 38. §. inter. de V. O. & l. quod certa. 70. de sol. quid ni a. mihi liceat dilationi pro me introductæ renunciare? l. pen. C. de pact. Miror Cuiac. in re aperta dissensisse: magis a. quod sententiæ suæ argumentum petierit ex l. 18. pr. de pec. const. qui locus, etsi solus esset, illum jugularet.* *q Veluti si quid certo loco dari promissum fuerit. l. 2. quod cert. loc.*

CAP. XXXIX.

Ex pura conventione quando quidque debeatur, ut peti possit: tum quo loco quidque, quod ex contractu debetur, solvi debeat.

SI conventio nulla dilatione temperabitur, sive, quod idem est, nec diem nec conditionem habeat, ea est, quam puram dicimus. Puræ stipulationis dies simul & cedit & venit, id est, quod ita promissum est, & statim debetur & *r* peti potest. Hæc definitio generalis est: modò puram non ex verbis, sed ex re accipiamus, eamque intelligamus, cui

r §. 2. Inst. de V. O. l. 56. §. 3. ff. eod. l. cedere diem. de V. S. l. 14. de R. I. Cæterùm verba illa, confestim, incontinenti peti posse, cum temperamento aliquo & spacio, boni viri arbitratu definiendo, accipi humanum est.

nec conditio nec dies tacitè ineſt: alioqui pura conventio interdum dicitur, quæ verbis pura eſt, cum tamen tempus tacitè complectatur *s*.

Etiam locus in circumſtantia præſtationis conſiderandus eſt: ut cognoſcamus, quo quidque loco ex contractu ſolvi debeat. Igitur ſi de loco ſolvendi nihil dictum eſt, eandem diſtinctionem adhibebimus, qua uſi ſumus in legatis, ut, ſiquidem ſpecies promiſſa eſt, ibi præſtari debeat, ubi eſt: ſin genus, ubi petere creditor poteſt: petere autem poteſt, ubi aut reus domicilium habet, aut obligatio *t* contracta eſt. Quod ſi convenerit, ut pecunia certo loco ſolveretur, alio loco invito creditore ſolvi † non poteſt: aliter atque in die ſolutioni adjecto, ante quem ſolvi poſſe paulò antè oſtendimus: nimirum quia dies ſolius debitoris, locus etiam *u* creditoris gratiâ adjicitur.

Duabus tamen de cauſis etiam alio loco ſolvere debitorem poſſe placuit: una eſt, ſi ad locum conſtitutum venire prohibeatur: altera, ſi creditoris nihil *x* interſit. Creditor tamen ſemper alio loco, quam quo promiſſum eſt, actione arbitraria rectè agit: nam iniquum viſum eſt, ſi promiſſor ad eum locum, in quem ſe daturum promiſerat, non accedat, non poſſe ſtipulatorem ad ſuum *y* pervenire. At ne debitori fraudi ſit, quod actori hoc pacto conſulitur, placuit in actione arbitraria utilitatem loci, quæ debitori detrahitur, æſtimari, id eſt, id omne, quod ejus intereſt ſuo potius loco ſolvere, quam eo, in quo agitur *z*.

s l. interdum. 73. de V. O. hoc ſenſu rectè dixeris, ex pura ſtipulatione non ſemper præſenti die deberi, aut ſtatim peti poſſe.

t l. 38. de jud. l. cum res 47. §. 1. de leg. 1. junct. l. 19. d. tit. de jud.

† l. pen. quod cert. loc. quia ex loco negotium geſtum videtur. l. 3. de reb. auct. jud.

u Propter eas utilitates, quæ ex quoq; loco percipi poſſunt. l. 7. §. ult. quod cert. loc. §. ſi quis genus. 33. Inſt. de act. quæ invito creditore adimi nõ debeant. l. ult. de pact.

x Ita ex l. 8. C. de ſol. temperetur d. l. pen. quod cert. loc. vid. Don. ibid. n. 5.

y Ratio reddita à Gajo in l. 1. d. tit.

z d. §. 33. verſ. loc. l. 2. & tot. tit. de eo quod cert. loc. l. un. C. ub. con. qui cert. loc.

CAP. XL.

De fructibus & uſuris rei debitæ.

His expoſitis, intelligi poteſt, quid ex unoquoque genere contractuum tum ex conventione, tum ex natura judicii præſtandum ſit, maximè ſi id principaliter & ab initio, debeatur. Operæ pretium nunc

fuerit, de accessionibus, quæ plerumque ob cessationem debitoris præstantur, seorsum hoc loco præcipere. Et quoniam hic locus *a* communis est, pertinens etiam ad eas obligationes, quæ ex aliis causis, quam contractu nascuntur, ita hîc à me tractabitur, ut ne necesse sit quidquam postea iterando aut tertiando ingerere. Hæ accessiones summæ genere duæ sunt: in certis rebus & corporibus fructus; in pecunia † usuræ. De fructibus cum quæritur, an & quando accedant, diversa causa est ejus temporis, quod litem contestatam sequitur, & ejus, quod antecedit. Post litem contestatam in universum dicemus omnem *b* causam restituendam esse, id est, id omne, quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res *c* restituta esset. Ante litem contestatam, si non convenerit ab initio, ut fructus præstentur, interest, quo ex contractu quavè actione agatur. Actiones aut bonæ fidei sunt, aut arbitrariæ, aut stricti juris. De bonæ fidei & arbitrariis ex *d* Institutionibus cognoscito, reliquæ sunt stricti juris. Jam de fructibus sic habe; in judiciis *e* bonæ fidei & arbitrariis fructus ex mora deberi. In strictis hæc distinctio est, ut si agatur ad consequendũ id, quod nostrum antè fuit, puta *f* condictione indebiti aut ob causam datorum, tum etiam fructus, qui ante litem contestatam extiterunt resti-

a Hæc causa est, quod hunc locum separatim tractare voluimus, cognitus omnibus, quæ principaliter tum ex natura cõtractũs, tum ex conventione præstanda sunt, alioqui subjungendus fuisset iis præstationibus, quæ potestate cõtractus debentur, ut est divisio proposita c. 14 sup.

† Eleganter quæritur, an omnis usura jure Divino prohibita? Et certũ est omnem prohibitam esse, quæ proximum rodit. c. 23. Deut. Psalm. 15. per hoc a. usque puta. improbari pensationem omnem ex pecunia, quæ datur non ad supplendam necessitatem proximi: sed ut lucrum accipienti pariat, quod alioqui ille, qui dedit, consequi potuisset: caruit a. sæpe cum periculo sortis, hodie ferè concipitur specialis contractus ad Rentas, ut loquuntur, sub forma venditionis, quod utique licet, cum & creditor ingenuè agat, & debitor intelligat negotium. Nomen a. usurarum ut odiosum mutatum est in interesse, unde Cl. Maro: l'On ne prest plus à usure, Mais à interests tant qu'on veut. *vid. allrg. à Trentl. disp. de usur. Thess. 1.*

b *Hæc definitio primùm usurpata est in actione in rem. l. illud. 40. de hered. pet. l. 20. de rei vind. postea translata ad actionem in personam, l. fundus. 33. de reb. cred.*

c *Ex hoc jure est, quod post litem contestatam restituendi etiam sint fructus, qui percipi potuerunt, l. 62. §. 1. de rei vind. etiam post rem judicatam intra tempora judicati. quippe cum ea intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat. l. 3. de usur.*

d *§. actionum. 28. & §. præterea. 31. Inst. de act.*

e *l. 3. C. in qu. ca. in int. l. 34. ff. de usur. idem in arbitrariis statuimus: cum in iis res æstimetur ex æquo & bono d. §. 31.*

f *In quam fructus veniunt jam inde ab initio percepti. l. 15. de cond. ind. hoc tamen interesse inter hanc condictionem & sequentem existimo, quod in hanc percepti tantum veniunt, in illam etiam qui percipi potuerunt. d. l. 15.*

tuendi sint: sin minus, ut cum stipulati sumus rem aliquam nobis dari, non nisi *g* post litem contestatam fructus præstentur. Excipiuntur semper legata & fideicommissa; quæ bonæ fidei judiciis in hac causa *h* comparantur: quamvis alioqui actio ex testamento sit stricti juris *i*.

Hæc de fructibus. Usura est accessio pecuniæ, quæ pro usu sortis præstatur ultra sortem. Usuras debitas tria faciunt; causa debendi; modus usurarum legitimus; obligationis cœptæ perseverantia. Causam debendi actionis qualitas distinguit. In actionibus stricti judicii ita demum usuræ exigi jure communi possunt, si de his *k* stipulatio interposita sit.. Cæterùm jure singulari usurarum petitionem inducit, alias persona creditoris; aliàs principale debitum; aliàs causa debendi. Ex persona creditoris duobus ex nudo pacto debentur *l*, fisco, & civitati. Ex principali debito duabus item in rebus; in pecunia *m* trajectitia, & speciebus cæteris, in *n* quibus mutuum consistit. Ex causa debendi, in judicati actione post *o* tempus judicati. His exceptis generaliter definiemus, usuras citra stipulationem in strictis judiciis nunquam deberi, nec post litem quidem *p* contestatam. Diversa causa est judiciorum bonæ fidei: siquidem in his & ex pacto in continenti apposito debentur; & citra pactum ex mora, quod & in legatis & fideicommissis receptum est, favore ultimæ voluntatis *q*.

Modus usurarum legitimus duplex; unus in singularum usurarum quantitate; alter in numero. Quanti-

g l. 3. § si l. videamus. 38 §. si actionem. de usur. ex quo loco petita est nostra distinctio.
h d. l. 3. C. in quib. ca. in int. d. l. 34. de usur.
i l. alias. 6. ff. de in lit. jur.
k l. 3. C. de usur. arg. l. 7. ff. de neg. gest. l. quidquid. de V. O. pacto tamen promissæ & solutæ nec repetuntur nec in sortē computantur. d. l. 2. & l. 4. C. de usur.
l Fisco etiam sine conventione l. 17. §. Fiscus. non item civitatibus. l. etiam. 3. ff. eod.
m Propter periculū creditorum. l. 5. & 7. de naut. fœn. trajectitia pecunia sive nautica est, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. l. 1. de tit. l. 1. C eod.
n Vino, oleo, frumento. l. 12. C. eod. propter incertum & inconstans frugum pretium. l. 17 & 23. C d. tit.
o l. pen. & ult. C. de us. rei jud.
p d. l. 3. C de usur. l. 1. C. de cond. ind. quid ergo est, quod dicitur lite contestata usuras currere? l. 35. de usur. nempe cœptas ante deberi per litis contestationem non interpellari, non interrumpi. l. 1. C. de judic. quod videri poterat, propterea quod litis contestatione præcedens obligatio novatur. l. 11. de novat. junct. l. 26. C. de usur. sed hujus generis novatio actori nocere non solet. l. non solet. 86. de R. I. l. in praxi obtinuit, ut litis contestatio semper inducat præstationem usurarum.
q l. initio. C. de pact. int. emt. l. 17. §. 4. l. 32. §. 2. l. 34. de usur. l. 3. C. in quib. ca. in int.

tas ſumma, eſt uſura *r* centeſima, quæ ideo & *s* legitima in ſpecie dicitur: ſupra centeſimam nullæ aliæ legitimæ. Nec tamen paſſim hæc recepta, ſed quatuor in cauſis duntaxat: ex conventione in pecunia *t* trajectitia; item in ſpeciebus omnibus mutuò datis, id eſt, cæteris rebus, præter *u* pecuniā numeratam: ipſo jure ex cauſa judicati poſt tempora *x* judicati; item in pecunia omni, quam adminiſtrator alienorum negotiorum in ſuos uſus *y* convertit. Infra centeſimam trientes permiſſæ viris illuſtribus, beſſes negotiatoribus, ſemiſſes mediis perſonis inter ſuperiores *z* interjectis. Alter modus uſurarum ad numerum plurium uſurarum pertinet. Qua de re ita jus eſt; ut uſuras uſurarum ſtipulari non liceat: uſque adeò, ut quamvis creditor multorum annorum uſuras converterit in ſortem, nihilomagis harum uſurarum uſuras † ſtipulari poſſit.

Verùm hæc de iis uſuris, quæ ex conventione certæ fiunt: de iis, quæ poſt moram debentur, ex more regionis, ubi contractum eſt, conſtituitur: ita tamen, ut legem non offendat *a*.

Vſuræ ſemul deberi cœptæ duobus modis deberi deſinunt; aut per ſe principaliter; aut per conſequentiam ſortis. Principaliter dupliciter; remiſſione creditoris ſive apertâ, ſive tacitâ, puta ſi per *b* longi temporis intervallum uſurarum petitionem, omiſit; aut ſi minores ultrò accepit: nam minorum *c* diutinâ exactione majores perimuntur: item excreſcentia, ubi uſuræ vel minutim & per intervallum ſolutæ ad *d* du-

r Centeſima uſura dicta, vel quod centeſima ſortis pars ſingulis menſibus perſolvitur, vel quod centeſimo meſe ſortem æquet. Bud. de aſſ. Don. c.4. de uſ. Cen. 7. com.1. Atq; hic as eſt uſurarius, qui ex annua penſione æſtimatur, ſimiliter ut omnes ejus partes. Nam ſi unus aureus in centenos pendatur, unciaria uſura dicitur, ſi bini, ſextans, ſi terni, quadrans. & ita deinceps.

s l.7.§ ſi deponi. de adm. tut. l.1. C. de uſ. pup hinc cum legimus graviſſimas inſligi, de centeſimis id accipiendum eſt. l 34. de adm. tut.

t l. 26. verſ. in trajectitiis. C. de uſur. cujus rei rationem paulò ante indicavimus. u *d. loc. etiam hujus rei ratio reddita lit. n.* x *l. pen. & ult. C. de uſ. rei jud.* y *d. l.34. de adm. tut. l. qui ſine. 38. de neg. geſt.* z *Hic modus præfinitur conſtitutione Iuſtin. l. 26. C. de uſur.* † *l. placuit. 29. ff. l. ult. C. eod. quod ſi quis aut majoris, quā licet, aut uſuras uſurarū ſtipulatus fuerit, non id circô ſtipulatio in totum erit inutilis, ſed quatenus legitimum modum excedit duntaxat d. l.29. l.26. C. eod.* a *l. 1. ff. eod. fiſco tamen minimùm debentur ſemiſſes. l.17. §.6. eod.* b *d. l.17 §. Divus, l. 8. C. eod.* c *Sin autē per paucos tantùm annos minores accepit, poterit mutatâ volūtate redire ad majores, l.13. ff l 5, C. eod.* d *l. pen & ult. C. eod. id eſt, ſi ſortem æquaverint. Exemplum hoc eſto, Aliquis 500. mutuò dedit, & mille accepit: nihil amplius debetur creditori neque de ſorte neque de uſuris. Nov. 121. Caterùm in Rentiis venditis hoc non obtinet.*

plum

plum excreverint, in quo duplo & sortem computamus. Per consequentiam sortis usuræ deberi desinunt item duobus modis; obligatione sortis sublatâ, & re de sorte judicatâ. Obligatione sortis sublatâ usuræ usque adeò deberi desinunt, ut ne præteritæ quidem vel stipulatione firmatæ peti possint, si creditor nullâ mentione earum factâ sortis solutionem *e* admiserit. Re de sorte tantùm judicata, si à sententia appellatum non sit, usuræ intra tempora judicati non currunt: sed nec de *f* præteritis quæstio moveri potest, nisi de iis, quæ ex *g* stipulatu debentur. Post tempora judicati redintegrantur usuræ, non eædem, ut olim, sed centesimæ.

e l. 26. C. de usur. l. novatione. ff. de novat.

f l. 1. § ult. ff. eod. l. ult. C. de us. rei jud. quâ in re differunt usuræ à fructibus. l. 3. ff. d. tit.

g Quæ a. debentur ex mora, non sunt in obligatione, sed præstantur officio judicis, quod evanescit re de sorte judicatâ. l. 4. C. depos. l. 8. ff. de eo quod cert. loc.

CAP. XLI.

De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur: ac primùm de voluntaria rerum alienarum administratione.

POstquam prætervecti fines contractuũ, latissimè quoquoversum patentes, majorem difficilioremque itineris partem emensi sumus, quod reliquum est viæ, celeriùs deinceps, minoreque negotio conficiemus. Igitur relictis contractibus ad eas pergimus obligationes, quæ ex quasi contractu nascuntur, quod genus est in distributione suprà posita secundũ. Quasi contractus, est omne factũ non turpe, quo sine conventione is, qui fecit, vel alium sibi obligat, vel ipse obligatur alii. Non enim, ut in contractibus, ex conventione hîc oritur obligatio, sed ex unius facto, eoque, non turpi: alioqui res in speciem *h* maleficii caderet. Horum factorũ duo sunt genera: rerum alienarum administratio: supremæ voluntatis agnitio. quibus additur condictio indebiti, quã nos inter genera contractuum posuimus. Administratio duplex; voluntaria; necessaria. Voluntaria est, quæ voluntate geren-

h Nunc quoniã sine maleficio obligatio oritur, proprius ad contractũ accedit, indeq; est, quod & cõtractus appellatione cõtinetur. §. 1. Inst. de act. & nonnunquam contractus absolutè dicitur. l. 16. de neg. gest. l. 47. de O. & A.

gerentis suscipitur, ut fit, cùm quis negotia absentis sine mandatu gerit. Ex hoc facto ultrò citroq; nascuntur obligationes actionesque, quæ dicuntur negotiorum gestorum, directa, quæ datur domino, & contraria, quæ *i* gerenti: Necessaria rei alienæ administratio est, quâ quis suscipere cogitur. Necessitas hæc aut à munere publico; aut à re privata & familiari. Necessitate muneris publici coguntur aliena gerere tutores & curatores. Hinc inter tutorem & pupillum actio tutelæ, huic directa, illi *k* contraria: inter adolescentem & curatorem eadem actio sive *l* negotiorum gestorum utilis, directa item & contraria. Necessitate rei privatæ coguntur res alienas attingere ii, inter quos res aliqua communis est, sive inter coheredes sive extra causam hereditatis. Ex hac tractatione rerum communiũ, si quis propter partem suam *m* necessitatem habuit rei totius gerendæ, mutuæ actiones comparatæ sint inter coheredes familiæ erciscundæ, inter cæteros communi dividundo. Nunc, quid unaquæq; harum obligationum contineat, cognoscamus.

Prima nobis occurrit negotii alieni volũtaria tractatio: quæ duorum obligationẽ continet; unam ejus, qui gessit; alteram ejus, cujus negotium gestum est. Qui *n* alienum negotium gerendũ suscipit, duplicem in se recipit obligationem; gesti semper, & non gesti interdũ videlicet ejus, quod *o* gerendũ suscepit. Gesti obligatio duas præstationes habet; restitutionẽ ejus, quod per occasionẽ ejus negotii ad *p* gerentem pervenit; damni ejus, quod perperam gessit *q*, præstationem. Totidem præstationes & non gesti: nam & lucri & damni negligentiâ dati ratio *r* habetur. Quamvis autem hîc non gerentis, sed sola ejus, cujus nego-

i §. 1. *Inst. de obl. quæ qu. ex cont. nascunt. ff. & C. de neg. gest.*

k *l.* 1, *& tot. tit. de tut. & rat. dist. l.* 1. *& tot. tit. de cont. tut. act.*

l *l.* 6. *& l. curatoris.* 17. *C. de neg. gest. l. quidquid C. arbit. tut,*

m *Alias actio quidem datur, sed negotiorum gestorum, l.* 25. *§. si unus. & seq. fam. ercise. l.* 6. *§.* 2. *com. div. l.* 3. *C. de neg. gest.*

n *Negotium meum vel alienum quatuor modis dici existimant vulgò DD. Curâ, re, gestu, ratihabitione. vid. Cuiac.* 8. *ad Afr. in l. ult. ff. h. tit. de neg. gest.*

o *Atque hoc explicare & consummare debet: novum a. inchoare non habet necesse. l.* 21. *§.* 2. *ff. h. tit.*

p *l.* 2. *eod. ratio in l.* 20. *C. eod. & l.* 39. *§.* 2. *de adm. tut. excipe cas. l.* 6. *§. ult. eod.*

q *Ita tamen, ut lucrum cum damno casu dato pensetur, l.* 9. *eod. cui non obstant l.* 23. *§.* 1. *& l.* 26. *pro soc. loquuntur n. de damno culpâ dato. quod & Costal. notat ad d. l.* 9.

r *Præstandaq; in omnibus dolus & culpa. l.* 11. *h. tit. exemplo ad eam rem accommodato utuntur veteres in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, d. l.* 6. *§. ult. l.* 7. *l.* 35. *eod.*

tia geruntur, utilitas versatur, tamen cum quis ultrò se offert, & rei ad se non pertinenti immiscet, si per omnia non rectè gerit, id ipsi potiùs, quã alii nocere debet: proinde & ad s exactissimã quisq; diligentiam compellitur reddere rationẽ: nec sufficit talem diligẽtiam adhibere rebus alienis, qualem suis adhibere solet: simodò alius diligentior eo commodius administraturus negotia fuisset. Sanè si quis merâ affectione ductus, forte ne absens bonorum distractionem pateretur, ad res ejus accesserit, hunc æquissimum est t præter dolum nihil præstare. Jam harum omniũ præstationũ nomine prodita est u iis, ad quos ea res pertinet actio directa x negotiorum gestorum adversus omnem, qui gessit, si is erit, qui jure obligari potuit y.

Vice versa is, cujus negotium gestum est, tenetur ei, qui gessit, actione contrariâ. Huic obligationi utilitas absentium causam præbuit, quorum alioqui negotia facilè disperirent, si is, qui obtulit se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter z impendisset. Hæc actio duas itidem præstationes continet; ut præstetur, & quod abest, & quod ab futurum est ei, qui utiliter gessit. Abesse a intelligitur nõ solum quod de suo erogavit, sed etiam, quod consequutus non est, cum consequi potuisset: ab futurum esse, in quod se propter negotium obligavit. Dator hæc actio omnibus, qui utiliter negotium gesserunt; qui inutiliter, actionem non habent. Sed nec his, qui utiliter gesserunt, semper competit. Tria sunt, quæ eam impediunt; à perta domini b prohibitio; alterius oblata c gratuita administratio; animus gerentis non d repetendi, qui aut expressa testatione declaratur, aut ex opinione e gerentis, nonnunquam ex

s Sicut disertè scriptũ est in § 1. Inst. de ob quæ qu. ex cont. & generaliter de quovis voluntario administratore in l. 21. C. mand. At inquis, nulla hîc utilitas versatur gestoris. Satis est, inquam, quod se ultrò offert & immiscet rei alienæ. l. 1. §. sæpe. depos. l. culpa. 36. de R. I. Dicis, nemini officiũ suum debere esse dãnosum, sed neq; nocere alteri, si culpa officiũ præcesserit.

t Traditur hoc in l. 3. §. interdũ ff h. tit.

u d. §. 1. Inst. de obl. quæ qu. ex cont. & pupillis & furiosis. l. 24. §. ult. de O. & A.

x Quæ voluntariæ administrationis ita propria est, ut ex aliis causis non cõpetat. vid. D. Bronchorst. 2. assert. 13. Oldend. 4. act. 25.

y Nam si E. C. pupillus gesserit, non tenebitur, nisi quatenus locupletior factus est, d. l. 3. §. 4.

z Hæc hujusce juris ratio est apud Inst. in d. §. 1. & apud Gaium in l. 5. pr. de O. & A. & in l. 1. 5. tit.

a Vid. l. 28. ff. l. 10. & l. 18. C. hoc tit.

b l. si pro te 40. ff. mand. l. ult. C. hoc tit.

c l. 2. in fin. C. eod. h. tit.

d l. 4. l. 12. C. eod.

e E. C. si possess. r in alieno ædificavit aut sevit: cui, si bon. fid. possidet consulitur per retentionem, l. 14. §. 1. com. div. l. 33. de cond. in d. l. 14. de dol. exc. §. 30. & seq. Inst. de rer. div.

affectu

affectu pro qualitate personarum *f* colligitur. Datur adversus omnes, quorum negotium gestum est, etiam adversus furiosos & pupillos, quamvis ex aliis causis sine tutorum auctoritate non obligantur: quod ideò placuit, quia hæc obligatio non ex consensu, sed ex *g* re nascitur. Cæterùm hoc reliqui à furioso & pupillo discrepant, quod ad cæteros obligandos sufficiat negotium utiliter cœptum esse, licet effectum non habuerit, pupilli autem & furiosi non aliter teneantur, quam si tempore litis contestatæ *h* locupletiores fuerint. Verùm hæc distinctio ad impensas necessarias non pertinet.

f Quæ conjectura quibus in personis causisque admissa sit, ostendunt l. 3. l. 11. l. 13. 15. C. l. is qui. 44. ff. eod. conjunge l. Nesennius. 34. l. qua pater. sc. eod.

g Hoc est, commodo, quod ad eos ex gestu pervenit. l. furiosus. 46. de O. & A.

h Vid. l. 19. junct. l. litis. 37. ff. hoc tit.

CAP. XLII.

De administratione tutorum & curatorum.

IN administratione necessaria non omnia perinde, ut in voluntaria, se habent: ideóque separatim de ea cognoscendum. In ea, quæ tutoribus & curatoribus incumbit, hæc primùm quærenda; an tutor rectè datus tutelam gerere debeat; ex quo tempore; quam necesse habeat; quantum ad curam cujusque pertineat. Tutelam, ut pote munus *i* publicum, sine justa excusatione detrectare non licet. Si cesset tutor nec ullam excusationem intra tempora præstituta proponat, aut talem, quæ recepta non sit, periculo tutelæ obstringitur, ex quo primùm scivit, se tutorem *k* datum. Cogendi ratio duplex; extraordinaria, remediis *l* prætoriis, mulctæ dictione, & pignoribus captis: & ordinaria, proposito periculi metu, quod judicio *m* tutelæ præstare cogitur. Datus autem tutor ad universum *n* patrimonium datus esse creditur. Cui consequens est, etiam id, quod posteà accessit, ad curam ejus pertinere. Si plures dati sint, siquidē tutela inter ipsos divisa non est, commune omniū periculum est,

i Inst. de excus. in pr. l. 1. §. ult. de mun. & hon.

k l. 1. l. tutor. 20 ff. hoc tit. de adm. tut.

l d l. 1. junct. l. 1. § quid ergo. 3. de insp. vent.

m d. l. 1. §. 1. l. 1. de tut. & rat. distr.

n §. datus. Inst de excus. interdum tamen ad augmentum curator datur: neque idcirco tamen ejus augmenti cura ad tutorem pertinere desinit, l. 9. §. pen. & ult. hoc tit.

eſt,& in *o* ſolidũ univerſi tenentur: quod ſi à teſtatorē aut *p* magiſtratu causâ cognitâ tutela diviſa erit, ſive in partes aut regiones, ſive adminiſtratione uni mandatã, diviſio adminiſtrationi,& periculo modum *q* facit, nec longiùs progreditur obligatio aut neceſſitas gerendi. Fac inter duos diviſam eſſe adminiſtrationē, puta unum rerum Italicarum, alterum provincialium tutorem datum: alteri res commiſſas alter non geret, nec invicem *r* periculum ſuſtinebunt. Simili modo ſi uni ex pluribus adminiſtratio decreta eſt, ſolus hic gerere debet: cæterorum, quos honorarius appellamus, in gerendo partes nullæ, quamvis excuſſis facultatibus ejus, qui geſſit, & ipſa conveniri poſſint, propter obſervationem & cuſtodium ipſis *s* commiſſam. Illud hîc in univerſam tenendum, diviſionem tutelæ modum quidem adminiſtrationi facere inter tutores ipſos: cæterùm experiri cum pupillo aut compenſationem objicere volenti non obſtaret.

Adminiſtratio tutoris duabus in rebus poſita eſt, poteſtate gerendi, & officio. De poteſtate, quæ libertatē pupilli quodammodò imminuit, dictum eſt libro *u* ſuperiore. officium ſolùm huc pertinet: quippe in quo verſatur tutelæ obligatio, qua tutor ex quaſi contractu obſtrigitur. Officium hoc duas partes habet; quarum una continet præparationem quandam ad adminiſtrationem; altera poſita eſt in ipſa adminiſtrationem. In præparatione duæ res à tutore exiguntur; ſatiſdatio ab iis, qui ſatiſdare *x* tenentur; ab omnibus inventarii rerum pupillarium ad adminiſtrationem pertinentium publica confectio. Detrectantium ſatiſdare hæc pœna, ut removeantur, & nihilominus ſuo *y* periculo ceſſent. Inventarii quoque non

o Quod toti- de verbis traditur in l. tres tutores. 55. pr. eod.
p Ipſi verò tutores tutelã dividentes conventione ſuâ periculũ non mutant. l. ult. C. de div. tut.
q l. 2. C. d. tit. l. inter 36. ff. h. tit. ſemper tamen à volũtate patris incipiendum, l. 3. §. ſi non. eod. ſed nec electio patris rata eſt, ſi aut omnes gerere velint. d. l. 3. §. pen, aut prætor electum comperiat minùs eſſe idoneum, d. l. 3. §. 3: prætoris quoq; electio has conditiones habet, ut aliis convocatis decernat de ſententia majoris partis, ut ne aliis reenſent. d. l. 3. §. ſi non. & ſeq. electionis ratio eſt in d. l. 3. §. apparet. r l. 4. eod. l. 4. de auct. tit. l. ſi duo, 51. in fin. h. tit. l. 2. C. de per. tut. temperamentum tamen adhibe ex l. 2. C. de div. tut. l. 14. l. Titium 47. §. 2. ff. h. tit. *s d. l. 3. §. 2. l. 4. l. 6. de auct. tut.* *t l. inter. 36. h. tit. ſiquidem ratione pupilli tutela ſemper una eſt & individua diviſio non juris, ſed juriſdictionis, eleganter Briſſon. tit. de comp. lib. 2. de ſolut.* *u Cap. 12. de poteſtate tutorum.* *x Quinam hi ſint, oſtendimus lib. 2. c. 11.* *y l. 1. hoc tit. junct. l. 3. & ult. C. de tut. qui ſat. non ded.*

con-

confecti pœnæ non leves remotio item, & infamia, tum, si quid pupilli ob id factum interierit, id jurejurando ejus in litem æstimatur z.

Confecto inventario satisdationeque, quibus in causis exigitur, præstitâ, officiũ tutelæ securè suscipitur. Id consistit tum in persona pupilli tuenda; tum in rebus ejus curandis. Tuitio tribus rebus continetur, educatione, institutione, defensione pupilli. Ad educandum instituendumque pupillum sumptus faciendi pro facultatibus ejus & dignitate † familiæ. Hîc si tutor copiam sui non faciat, ut hæc pupillo præstentur, removeri poterit tanquam suspectus: & si pergat latitare, mittetur pupillus in possessioné bonorum ejus, & quæ morâ deteriora futura sunt, dato curatore *a* distrahentur. Ad defensionem hæc *b* pertinent, solutio, judicium, stipulatio. Solutio, si id, quod petitur, constet à pupillo deberi. Judicium, si incertum est, an debeatur. Stipulatio, si dubitetur, an tutor datus sit, aut an tutela adhuc perseveret; quo casu ab eo, qui pupilli nomine agit, satisdatio exigitur rem pupilli salvam fore, ab eo, qui convenitur, judicatum solvi.

In rebus gerendis officium tutoris est, ut omnia ex utilitate pupilli bonâ fide *c* curet. Hinc obligatio hujus officii duplex; gesti una; altera non gesti. Gesti obligatio easdem *d* præstationes habet, quas administratio voluntaria: non gesti hanc, ut si quid ob negligentiam tutoris pupillus nõ habeat, quod habere potuisset, id damnum pupillo sarciat. Enimverò quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si quis tantum præstat, quantum potest, non majorem diligentiam à tutore requiremus, quam quantum suis *e* rebus adhibere solet. Illud hoc loco addendum, præceptum testatoris, quo jubetur tutor immunis esse à rationibus reddendis *f*, nullius esse momenti: quoniam impunitate propositâ invitaretur ad delinquendum.

z l. 7. in pri. h. tit. ult. C. arb. tut.

† l. 12. §. pen. hoc tit. quantum videl. vir bonus arbitrabitur, nec tamen alienũ est ab officio tutoris, si dubitabit, prætorem eo nomine adire. l. 2. C. de al. pup. præst.

a l. 3. §. tutor. l. 7. §. pen. & ult. de susp. tut. §. si quis. Inst. eod.

b Quæ indicãtur in l. 10. ff. hoc tit.

c Si quid dãni dolo aut culpâ ejus factum sit, id præstet. l. 1. de tut. & rat. distr. junct. l. quidquid. C. arb. tut.

d Unam de restitutione quæsitorum. d. l. 1. & d. l. quidquid. alteram de male gestis, cujus exemplum est in l. 16. hoc tit.

e d. l. 1. l. 7. §. 2. l. tutores. 33. pr. ff. hoc tit. Pet. Fab. in l. 23. de R. I. contrà Cujac. ibid.

f l. 5. §. Julianus, ubi Gothof. hoc tit.

Ad hæc obtinēda præcipuè prodita est pupillo generalis actio tutelæ directa,quā *g* finitâ demum tutelâ experiri potest.Si plures sint tutores,primo loco conventur is;qui *h* gessit : quod si is solvendo nō sit, hoc alios onerat. Si omnes pariter gesserunt,ipso *i* quidem jure singuli in solidum tenentur: sed id jus ex bono & æquo mitigatur proposito *k* triplici beneficio. Primū est, ut, si omnes tempore litis contestatæ *l* solvendo sint,utantur beneficio divisionis ad exemplū fidejussorum. Alterum est cedendarum actionū,ut tutori solidū solvere parato actiones suas pupillus cedat. Tertium, ut, si omissis superioribus remediis tutor solidū solverit, nihilominus utili actione tutelæ contutores suos *m* convenire possit. Est & alia actio de rationibus distrahendis, quæ in *n* duplum competit de iis rebus duntaxat,quæ in tutela gerenda ex bonis pupilli ablatæ sunt. Accedunt insuper & duę aliæ;una ex stipulatu adversus *o* fidejussores datos ab his, qui satisdare solent rem pupilli salvam fore : altera hypothecaria adversus possessores pignorum:nam pro officio administrationis bona tutoris pupillo tacitè sūt obligata *p*.

Vice mutuâ tutor cum pupillo,cujus tutelam gessit, habet *q* contrarium tutelæ judicium : quo si vel impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat & obligatione liberetur. Salarium utique pro administratione non petet, præterquam si constitutum sit ab eo, qui eum tutorem *r* dedit. Quæ de obligationibus mutuis inter pupillum & tutorem dicta sunt, eadem mutatis personis ad curatores & adultos *s* transferantur.

g §. 2. Inst. de ob. quæ qu. ex cont. §. ult. Inst. de Attil. tut. l. 4. de tut & rat. dist. nostris moribus tenentur tutores etiā quotānus rationē reddere.

h Et fidejussores ejus l. ult. C. de div. tut. l. tutores. 39. §. in eum. h. tit.

i Quo sensu accipienda l. 2. in fin. C. d. tit. item l. 6. in fin. C. arb. tut.

k Ut videre est in l. 1. §. nunc tractemus. & seq. de tut. & rat. dist.

l Opponenti a. hanc exceptionem probandum est reliquos solvendo esse. Ant. Fab. 1. jurisp. tit. 12. pr. 8. ill. 18.

m Tali remedio altero ex fidejussoribus solidum solvente non est locus. l. 11. ubi Dou. C. de fidei.

n Ut in duplo & simplum contineatur. l. 2. in fin. de tut. & rat. dist.

o Consule tit. ff. & C. de fidei. tut.

p l. pro officio. 20 C. hoc tit.

q § 2. Inst. de obl. quæ qu. ex cont. l. 1. & 3. § 1. de cont. & ut. tut. act. Sufficit a. tutori benè & diligenter negotia gessisse, & si eventum adversum habuit, quod gestum est. d. l. 3. §. sufficit. in quo differt hæc actio à contraria negot. gestor. si contra pupillum agatur : ut dictum est c. præced. in fin.

r l. à tutoribus. 33. § ult. hoc tit.

s Siquidem omnia, tanquam conjunctim de curatoribus constituta essent, accipi debent. arg. l. 8. §. 1. de tib. cor. qui jub. tut. l. 4. §. quæ in tutore. 25. de dol. mal. exc.

tur.

tur. Unum hoc dissimile, quod curatores, etiam durante adhuc curâ, utili negotiorum gestorum actione singularum rerum nomine *t* conveniri possint.

t l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l. cum curatore. 26. hoc tit. l. 7. C. arb. tut.

CAP. XLIII.

De obligatione, quæ ex rei communis tractatione nascitur.

Rerum communio inter aliquos constituta, sive hereditatis inter coheredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res donata aut legata est, aut in commune empta duarum rerum obligationem parit: nam & socium ad rerum divisionem obligat; & in communione manenti quasdam præstationes ad eam rem pertinentes imponit. Prima & præcipua hîc obligatio est, quod socius, si sponte communionem omittere nolit *u*, compellatur ad divisionem judicio divisorio: in quo hoc maximè agi constat, ut suâ cuique parte adjudicatâ, à communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam *x* cogitur, discedatur. Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quævè mutua condemnatio, alibi explicabitur.

Præstationes personales sunt *y* tres: inducuntur enim aut lucri, aut damni, aut impensarum nomine: quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex sociis ex re *z* communi pervenit, id cæteris communicet. Damni, ut si quid damni in re communi datum factumvè est † culpâ unius, id cæteris proportione cujusque sarciat. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: quoniam socius propter suam partem *a* causam habuit gerendi. Impensarũ, ut, si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partẽ suam necesse habuit facere,

u l. 1. fam. erc. l. 1. com. div. §. quadã actiones. Inst. de act. § si familiæ. & seq. Inst. de off. jud.

x l. si nõ sortem. 26. §. 4. de cond. ind. l. ult. C. com. div.

y Quæ indicaatur in cõmune in l. quibus. 34. junct. l. 31. pro soc. in judicio com. div. in l. 3. com. div constat a. semotã divisione hereditatis cætera, utriq; judicio esse communia.

l. 8. §. pen. d. tit. *z l. 25. §. si unus. fam. erc. non sunt in eadem causa, quæ partes divisæ ad socios pertinent. Finge unum ex heredib. pecuniam debitã exegisse, non fam. ercisc. sed neg. gest. actione tenebitur, alia species est in l. 20. C. fam. erc.* *† Veluti, si chirographa hereditaria deleverit, aut si quid corruperit. l. 16. §. pen. eod. alia exempla in d. l. 25. §. item culpa, in l. 44. §. quod ex facto. eod.* *a d. l. 25. §. non tantùm.*

ei à cæteris pro rata *b* præſtentur. Quorum omnium conſequendorum causâ comparatæ ſunt *c* actiones, inter heredes familiæ erciſcundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes ſunt extra cauſam hereditatis, communi dividundo. Sive autem propter præſtationes illas, ſive propter diviſionem rerum hæc judicia reddantur, ſemper ex quaſi contractu proficiſcuntur *d*.

b §. 3. *Inſt. de ob. quæ qu. ex cont. l. 18. §. 3. fam. erc. exempl. in l. 21. §. ſi unus.*

c §. *quædam actiones. Inſt. de act. titt. ff. & C. fam. erc. & comm. div.*

d §. 3. & 4. *Inſt. de ob. quæ qu. ex cont. d. l. 25. §. non tantùm. fam. erc.*

CAP. XLIV.

De agnitione ſupremæ voluntatis, quos, quibus ex quaſi contractu obliget.

ETiam ſupremæ voluntatis agnitio ignorantes nos ignorãtibus obligat. Quod eſt alterum genus, quo ex quaſi contractu obligamur. Hoc facto obligantur duo genera perſonarum; heres hereditatem amplectendo; legatarius agnoſcendo legatum. Heres amplectendo hereditatem, ſimul judicium defuncti agnoſcere, ſeque oneribus, quæ ex voluntate defuncti ſubeunda ſunt, ſubjicere *e* creditur. Ex hac cauſa obligatur heres duobus generibus creditorum *f*, hereditariis; & teſtamentariis. Hereditariis duplici jure. Primùm jure hereditario: nam hereditas, quæ eſt ſucceſſio in univerſum jus defuncti, quæſita heredem obligat æri *g* alieno. Iſto verò modo non obligatur heres ex quaſi contractu: ſed quæ actio adverſus defunctum anteà fuit *h*, eadem eſt & adverſus heredem. Altero jure, ex facto ſuo & quaſi contractu: nam dum hereditatem adit aut ſeſe hereditati immiſcet, hoc facto quodammodò cum creditoribus *i* cõtrahere videtur. Minùs tamẽ propriè hæc obligatio ex quaſi cõtractu eſſe dicitur: quippe quæ à defuncto prius profecta ſit. Propriè obligatur heres quaſi ex contractu creditori-

e *l. 2. C. de her. act. §. 2. & ult. Inſt. de her. qual. & diff.*

f *Propriè illi dicuntur creditores hereditarii, qui actionem habent, quæ à defuncto cœpit. l. ult. C. d. tit. habentur tamen & legata actionum hereditariarum loco. l. 40, de O. & A.*

g *l. hereditas. 62. de R. I. l. 8 l. heres. 37. de acq. her.*

h *Sive ea ſit ex contractu. l. ex contractibus. 49. de O. & A. ſive ex alia cauſa, ex qua in heredem tranſeat: ſicuti tranſeunt omnes, quæ non ſunt pœnales ex maleficio. §. 1. Inſt. de perp. & tem. act.*

i *l. 3. in fin. & l. ſeq. ff. quib. ex cau. in poſſ. eat.*

bus

bus testamentariis seu legatariis & fideicommissariis, quibus quid à defuncto relictum est ab herede præstandum: ubi sola debendi causa, est agnitio *k* voluntatis defuncti.

Eadem obligationis ratio est in legatariis & fideicommissariis, à quibus quid relictum est, eædem adversus eos *l* actiones ejus rei obtinendæ causâ constitutæ. De quibus scriptum est *m* cap.62.lib.1.

k §. heres quoque. Inst. de ob. quæ qu. ex cont. l. 5. §. 2. ff. de O. & A.

l l. pen. C. com. de leg. l. un. §. 5. in fin. C. de cad. toll.

m Hic causam obligationis indicasse sufficit, vis & usus ad legata pertinet.

CAP. XLV.

De obligationibus, quæ ex delicto nascuntur. Primum de injuriis

DE obligationibus, quæ ex contractu, quæ item quasi ex contractu nascuntur, hactenus disputavimus: tertia causa obligationum sequitur *n*, maleficium. Maleficium species est delicti seu peccati. Delictum est id omne, quod committitur adversus officium seu legem Dei & naturæ, omnium hominum mentibus inscriptam. Delictis offenditur aut Deus propriè, aut respublica, aut homines privati. Deus, cum peccatur adversus eam partem legis, quæ cultum & amorem erga Deum exigit. Respublica, cum status publicus turbatur, dissipatur, evertitur seditione, homicidio, adulteriis, peculatu, & similibus peccatis, quæ *o* crimina dicuntur & delicta publica, propterea quod accusationem ad vindictam delicti jure publico paratam habent. In privatos delinquimus aut in nosmet ipsos, cum adversus nos ipsos imprudenter, ignavè, intemperanter quid admittimus; aut in alios privatos, idque aut *p* negligendo aut faciendo: illud neglectus alieni, hoc maleficium propriè appellatur, ex quo solo privatis obligamur. Maleficiũ est omne factum, quo nocetur detrahiturque

n Inst. de obl. quæ ex del. in p. l. 4. ff. de O. & A. unde is, cui ex maleficio quid debetur, non minùs verè creditor est, quam cui ex contractu. l. 12. de V. S. ubi Gad. Caterùm hæ obligationes unius sunt generis, nam omnes ex re, id est, ipso maleficio nascuntur. d. l. 4. & d. pr. Inst. h. tit.

o Appellantur tamen & maleficia. l. 1. de publ. iud. l. quædam, de pœn. vid. de hisce appellationibus & similibus, ut sceleris, flagitii, facinoris. Tiber. Dec. tr. crim. lib. 1.

p Quod & M. Tullius intellexit lib. 1. off. ubi duo genera injustitiæ posuit.

 quid

quid alteri injuriâ. Nocitum alteri esse volumus: cogitationis aut consilii, nisi res secuta sit, pœnam nemo *q* patitur. Excepti duo; calumniator,& servi corruptor, quos placuit etiam re non *r* secutâ obligari. maleficium omne aut in personam alterius infertur, aut in res: illud injuria propriè dicitur: hoc alieni detractionem appellabimus.

Quidquid non jure fit, id generali vocabulo injuria vocatur: verùm injuriã hic specialiter accipimus *s* contumeliam, quam Græci ὕβριν appellant: eamque sic definimus, ut sit factum omne, quo alterius persona læditur dolo malo. Personæ cujusque propria sunt, quamdiu vivit,hæc tria; incolumitas corporis; libertas; existimatio. Incolumitas corporis læditur pulsando, verberando: libertas,si quis nos prohibeat uti iis, quæ sunt omnium civium communia, aut rebus nostris propriis: existimatio & fama tripliciter; dicto, ut conviciis; scripto sive *u* carmine famoso; facto ad turpitudinis notam *x* comparato. Quæ omnia ad duo genera injuriæ *y* revocari possunt, ut dicamus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel linguâ scilicet nuncupatis, vel scripto expressis.

Non continuò tamen, ut quid eorum fecerit quis, injuriarum tenetur: sed ita, si duæ hæ conditiones concurrant. Prima est, si quid eorũ factum erit contumeliæ gratiâ & *z* affectu injuriæ inferendæ. Secunda, si innocens sit is, cui injuria facta est. Addamus tertiam, si quis injuriam sibi factam statim ad animum revocaverit. Quod si aut animus injuriæ faciendæ *a* aberit, aut *b* nocens infamatus sit, aut inju-

q l. 18. de pæn. E. C. si quis curaverit conviciũ alicui fieri, nec tamẽ factum sit l. 15 §. si curaverit de injur.
r l. 1. pr. l. 3. l. 7. de calum. §. sed etsi. 8. Inst. h. tit. l. 20. C. de furt. In delictis publicis plures hujus regulæ sunt exceptiones. vid. quæ strictim notat. Goth. add. l. 18. & ad Nov. 134. c. 10.
s Inst. hoc tit. de injur. in pr. L. 1. ff. eod.
t Proinde quisquis adversus ea quid contumeliæ causâ fecerit, injuriã committit. d. l. 1. §. 1. 5. l. 13. §. ult. l. 15. §. 2. seqq. eod.
u Id est famosis libellis, quos Pasquillos hodie appellitãt: quod Romę ad truncam Pasquini cujusdam statuam affigi solent.
x Exemp. in d. l. 15. §. si quis. 15. & seqq. aut etiam gestu ad contumeliam alicujus composito. de quo genere vid. Damboud. prax. crim. c. 140. Tess decis 239.
y Quod & Labeo fecit d. l. 1. §. 1. & DD. vulgò ad realem & verbalem referunt, atq; ad hanc eam, quæ scripto infertur. Fach. 9. cont. 9. tamen Gail. 2. obs. 104. negat anni: eam tolli.
z Quippe ex affectu facientis injuria consistit. l. 3 §. 1. eod.
a Abesse a. intelligitur aut ex conditione personæ facientis, puta si doli non sit capax. d. l. 3. aut ex causa præcedente, exẽpla in l. 4 l. 13. §. 1. & 2. l. 15. §. meminisse. eod. l. 5. in fin. & l. seq. ad l. Aquil.
b Quia expedit nota esse peccata nocentium. l. 18. hoc tit. secus igitur, si quid objiciatur, quod pate fieri nihil publicè interest, vitiũ forte aut defectus naturæ. vid, Gail. 2. obs. 99.

riam *c* passus dissimulaverit, tum factum ad hanc obligationem non pertinet.

Injuriarum & criminaliter agitur & civiliter. Criminaliter, ad coërcitionē *d* extraordinariam vel corporis, vel ad pœnam pecuniariam fisco pendendam. Famosi libelli accusatio publica est & pœna *e* capitalis, non tantùm in auctorem, sed etiam in eum, qui invenit, nec combussit, sed evulgavit. Civilis actio, quę hujus loci est, pecuniariam pœnam continet cum infamia: quæ pœna pro atrocitate injuriæ crescit: primumq; ei, cui facta est injuria, deinde arbitrio judicis æstimanda *f* permittitur. Atrox *g* injuria æstimatur aut ex facto; aut ex persona, cui fit; aut ex loco tum ubi, tum vulneris; aut ex tempore, puta ludorum, cō vivii, quæ omnia infinitos anfractus habent. Datur hæc actio adversus eos, qui fecerunt injuriam, quivè, ut quid eorum fieret, procurarunt, iis datur, qui passi sunt injuriam vel per se vel per alios. Per alios *h* patiuntur; Dominus per servum; pater per liberos; maritus per uxorem; sponsus per sponsam, socer per nurum; heres, si defuncto aut funeri defuncti injuria facta est. Ex tribus *i* causis lex Cornelia actionem dedit; quod quis pulsatus, verberatusvè, aut domus ejus vi introita sit. Igitur ex his causis actio civilis est & *k* perpetua; ex cæteris, quia ex edicto datur, anno *l* finitur. Adversus eos, qui magistratui injuriam inferunt, dum ejus auctoritatem in rebus ad jurisdictionē pertinentibus contemnunt, peculiares pœnæ constitutæ, 50 † aureorum adversus eos, qui id, quod jurisdictionis perpetuæ causâ propositum est, dolo malo corruperint: adversus eum, qui jus dicenti non

c Injuria dissimulatione abolet ur. l. 11 §. 1. ff. §. ult. Inst. eod.
d l. ult. ff. §. 10. Inst. eod. proinde non est hujus loci.
e l unic. C. de fam. lib olim ex SC. condemnatus jubebatur esse intestabilis. l. 18. §. 1. qui test. fac. l. 5. §. antep. & seq. hoc tit. l. 21. de test. vid. plura apud Freher. lib. 3. de infam. c. 9.
f Antiquata pœnâ l. 12. tab. quæ ob membrū ruptum talio erat. §. pœna. Inst. l. 19. §. quod ait. ff. eod. Agell. 20 cap 1. Ex more nostri fori agitur ad duplicem amendam (ut loquuntur) profitabilem, quam à læso æstimatam moderatur judex, & honorabilem, quæ continet recantionem sive palinodiam.
g §. atrox. Inst. l. 7. §. ult. cum 2. ll. seqq. ff. eod.
h §. patitur. Inst. l. 1. §. 3. & deinceps. l. 2. l. 15. §. sponsum. ff. l. 2. C eod.
i Tanquam speciali animadversione dignis. l. 5. ff. §. Inst. eod.
k Arg. pr. Inst. de perp. & temp. act. Idem de actione ob famosum carmen affirmaverim: quia est ex SC.
l l. in honorarius de O. & A. Cæterùm heredi aut in heredem, lite cum defuncto non contestatâ, nunquam datur. §. 1. Inst. d. tit.
† In florentinis legitur 500. aureorum. l. 7. de jurisd.

obtemperaverit, quanti ea *m* res est, id est, contemptus, de quo vindicando agitur, judiciũ datur. Utrumque hoc judicium populare est *n*.

m l. un. si quis jus dic. non obt. id est, quanti est cõtemtus jurisdictionis, vide de hac actione & superiore Oldend. class. 1. act. 2. & 3. *n d. l. 7. & arg. d. l. un. Est & inter privatas injurias peculiare genus, quod admittitur in eos, quos sine venia in jus vocare non licet, & vindicatur pœnâ 50 aureor. l. 1. l. 4. & pen. de in jus voc. §. pœnales. Inst. de act. Quod & hodie observatur: tametsi per viatores in jus vocatio fiat. Veniâ a. in prima instantia impetratâ, eam repetere in secunda non est necesse.*

CAP. XLVI.

De servo & filiof. corrupto. item de damno injuria dato.

DEtractio rei alienæ duplex; damnum; & alieni subtractio. Damnũ *o* est, cum res alienas deminuimus nullius nostri commodi causâ. Damnum hoc aut in rerum interitu & corruptione consistit; aut salvis rebus, dominis tamẽ contingit. Corruptio aut animo infertur; aut corpori. Animo, ut cum quis servum alienũ corrupit, aut filiumfa. Hinc actio de servo corrupto; directa de servo, utilis de filiofa. quæ in duplum cõstituitur ejus, quanti ea res est, & post annũ in simplum, ut tamen liberi hominis æstimatio nulla fiat *p*.

Corporis interitus aut corruptio contingit tunc, cum rebus alienis damnum datum est injuriâ; sive servus alienus aut quadrupes occisa sit aut vulnerata, aut quid ustum, ruptum, fractumvè. Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia. Injuriâ autem sic veteres acceperunt, non jure, sive quod idem est *q*, culpâ. Culpâ autem factum esse intelligitur, si prævideri periculum potuit, neque prævisum est: nam & *r* levissima culpa in lege Aquilia venit: cujus rei exempla passim *s* occurrunt. Totiens igitur damnum dantes hac lege tenemur, quotiens nulla causa factum defendit à culpa. Cæterum nonnunquam persona facientis, nonnunquam factum excusatur. Persona facientis, si nulla intelligentia, nullum judicium personæ fuit; ut si furiosus, si impubes,

o Quippe dictũ ab ademtione & quasi deminutione patrimonii. l. 3. de dam. inf. sed cũ rem quærimus, addẽdum, cũ quid deminuitur de alieno nullius nostri lucri causa, alioqui in aliã speciem delict. cadit.

p d. l. 1. l. 14. §. 1. de serv. cor. §. in duplum. Inst. de act.

q l. 5. §. 1. ff. ad leg. Aquil. §. 2. Inst. eod.

r l. in lege 44. l. si putator. 31. ff. eod.

s Ex professo colliguntur in d. l. 5. §. ult. & 6. ll. seqq. eod.

bes, qui doli capax *t* non ſit, damnum dederint. Factũ à culpa excuſatur quatuor ex cauſis. Primò, ſi non fuit in poteſtate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta ſi ab alio *u* impulſus damnum dederit. Secundò, ſi fuit in poteſtate ejus & datâ operâ fecit, verùm jure ſuo id fecit: veluti *x* ſi quis aggreſſorem, vel furem nocturnum, aut diurnum ſe telo defendentem, ſi taurum irruentem occiderit, ſi incendii arcendi causâ vicinas *y* interciderit ædes: nam quod quis ob tutelam corporis aut rerum ſuarum defenſionem fecit, cum aliter periculum *z* vitari non poſſet, jure feciſſe exiſtimatur. Tertio, ſi quis alio conſilio fecit, verùm caſu alium læſit, quem divinare non potuit evenire poſſe, ut ſi ramum ex arbore *a* dejecerit in locum ſuum, in quo nulli extraneo jus erat verſandi. Poſtremò, ſi in eo, qui læſus eſt, culpa ſit, cur ſit læſus; veluti ſi regula dejecta ſit, & is, qui dejecit, tempeſtivè proclamaverit, ut caſus vitari poſſit *b*.

In tantum hac actione condemnatio fit, quanti *c* ea res eſt, id eſt, quanti eſt damnum, quod ob rem occiſam aut corruptam *d* contigit. In ſervis & pecudibus occiſis datur actio in id, quanti ea res eo anno plurimi fuit; in iiſdem vulneratis & cæteris animalibus tum occiſis tum vulneratis, item in rebus omnibus, quæ animâ carent, corruptis, quanti intra *e* triginta dies. quæ pœna adverſus *f* inficiantem in duplum creſcit. Datur hæc actio iis, quorum rebus *g* nocitum eſt, adverſus eos, qui damnum dederunt *h* corpore ſuo: ſi non corpore, ſed occaſionem damni corpori dati

t d.l.5.§.& ideo.eod.

u l.7.§.3.l.ſi ex plagis.52. §.2. eod. in eum a. qui impulit,in factum actio datur d. l. 7. §.3.

x l.4.l.5.eod. nam vim vi repellere omnes leges, omnia jura permittunt. l. ſcientiam.45. §.4. eod.l.3. de juſt. & jur. l. 1. C. und.vi.

y l.ſi quis fumo. 49. §.1. ad leg. Aq.l. 3. §. pen. de inc.ru.naufr.

z Quod nihil aliud eſt, quàm ſi fecerit, cum moderamine inculpatæ tutelæ. l. 1. C. und.vi.l.3.de juſt.& jur.l. 45. §. 4. ad leg.Aq. Quibus a. in rebus id moderamen. cõſiſtat. pulchrè explicat Schneid. ad pr. Inſt.de jur.nat. gent.n.14.& ſeqq.

a *Et hominem prætereuntem occiderit. Nemo n. divinare cogitur.l. ſi putator.31.ad leg. Aq.eodem referri debet ſpecies l.9.§.ult.ff.& §.4. Inſt.eod.* b *l.qui foveat.28.d.l.ſi putator.eod.* c *l.ait lex.21. l. inde Neratius.23. §.3.ff.§.his a. Ind.eod.* d *Quod explicatur in d.l.21.§.ult. & ll. aliquot ſeqq.item in §.illud.Inſt.eod.* e *Ut annus & dies retrorſus numerentur.d.l.21.§.1.l. ſi ſervus.27.§. tertio.eod.quâ ratione creditum eſt pœnalem eſſe hujus legis actionem .d.§.his a.* f *§.in duplum.§.ſed furti.26.Inſt. de act.* g *Quod primo & tertio capite legis expreſſum eſt. l.2.d.l.27.§.tertio. eod. ſecundum in deſuetudinem abiit. d.l.27.§.4.* h *Sic enim ſunt verba legis.d.l.2.l.ita vulneratus. 51. eod. unde in eum, qui hoc pacto damnum dedit, directa actio.§.ult.Inſt.eod.*

præbuerunt, adhuc *i* utilis competit. Sunt & singulares quædam causæ, ex quibus damni crimen ob certas circumstantias crescit. Primùm ex rebus, in arboribus furtim cæsis, quo nomine datur actio *k* in duplum. Secundò ex modo nocendi, si coactis hominibus ad terrorem damnum datum sit, quo casu in quadruplum fit *l* condemnatio. Tertiò ex tempore, si in tumultu & turba quis noceat, qua in specie in duplum; si in naufragio, incendio, ruinâ, ubi in quadruplum actio constituta est *m*.

Cum rebus integris & incorruptis manentibus patrimonium nostrum diminuitur, id genus damni ad legem Aquiliam non pertinet. Genera hujus damni duo, aut enim fit aliquid in ipsa re, unde ea domino pereat, quamvis integra per se: aut fit alibi aliquid, ex quo dominus postea damnum sentiat. Res per se integra manens hoc genere damni tripliciter domino perit. Uno modo, si quis ea, quæ aquâ non corrumpuntur, in *n* flumen dejecerit, puta vas aliquod, aut annulum. Altero modo, si quis animal nostrum inclusum aut servum compeditum in libertatem & fugam *o* emiserit. Tertiò, si quis rem alienam suæ ita conjunxerit, ut ei *p* cohæreat & cedat. Harum omnium rerum nomine in subsidium legis Aquiliæ comparata est actio in *q* factum adversus eum, qui damnum dedit: unde intelligitur etiam has obligationes ex maleficio, esse. Posterioris generis species sunt quinque. 1. Si quis libello conventionis majorem quantitatem complexus fuerit, ut ex hac causa viatores ampliorē summā sportularum nomine exigerent: Hic si quid damni ob eam causam reus passus est, id in *r* triplum ab actore consequetur. 2. Si quis rei, quam possidet, controversiam metuens, eam dolo malo judicii mutandi

i *Quippe quæ non ex verbis legis est, sed ex sententia. d. §. ult. appellatur & in factum l. 9. ff. eod. nempe in factum actio nunc latius accipitur, ut eo nomine etiam utilis contineatur, nunc strictiùs, pro actione distincta ab illa utili. d. §. ult. quod mox luculentiùs apparebit.*

k *Cum qua tamen etiam actio hujus legis concurrit. vid. l. 1. & tot. tit. arb. furt. cæs.*

l *Ex edicto, quod extat & explicatur in l. 2. vi bon. rap.*

m *V. d. l. 4. d. tit. junct. tot. tit. de inc. ruin. naufr.*

n *l. duo. 23. de præsc. verb. l. in laqueum. 55. in fin. de acq. rer. dom. simile exemplum est in §. interdum. Inst. de ob. quæ ex del.*

o *Quæ species est in §. ult. Inst. de leg. Aq. & in d. l. in laqueum.*

p *l. in rem. 23. §. item quæcunq; de rei vind.*

q *Quæ distinguitur ab illi utili, quæ est ex sententia legis. d. §. ult. & a prætore datur tanquam ultimum juris nostri persequendi subsidium. l. 11. de præs. verb.*

r *§. tripli. 24. Inst. de act. sunt a. viatores executores litium & apparitores: sportulæ dicuntur. salaria.*

causâ

causâ alienaverit, qua ex re durior adversarii causa s constituatur. Hinc actio in factum in id, quod agentis interest alium adversarium non habuisse. 3. Si quis eum, qui in jus vocabatur, vi exemerit: unde t actio in tantum, quanti ea res est. 4. Si cujus dolo malo factum fuerit quominus quis se judicio sisteret. Hìc aliàs reo, alias actori damnum datur: reo, si pœna deserti vadimonii ob id cõmissa sit: actori, si ob id dies actionis exierit, aut res usucapta u sit. 5. Si judex x litem suam fecit, perperàm dolo malo judicando, puta si vel gratia ejus vel inimicitia, vel sordes arguantur. Hinc actio ex maleficio, quâ judex tenetur ei, cui sententiâ sua nocuit, in veram totius litis y æstimationem. Per imprudentiam verò malè judicans, facit quidem etiam litem suam, & quantum de ea re æquum religioni judicantis videtur z, pœnam sustinet: sed magis est, ut tum ex quasi maleficio teneatur †.

s De qua specie est tit. ff. de al. jud. mut. ca. fact.

t Tit. ne quis eum qui in jus voc. vi exim. fit item mentio hujus actionis in §. pœnales. Inst. de act. plura vid. apud Old. class. 1. act. 5.

u l. 1. & ult. de eo, per quẽ fact. er. quo min. quis in jud. sist.

x Litem suam facere judex malè judicando dicitur, quia periculo litis se obstringit.

y l. 15. de judic. l. 2. C. de pœn. jud. qui mal. jud.

z Inst. de ob. quæ ex qu. del. in pr. l. 5. §. 4. ff. de O. & A.

† Atqui imperitia species culpæ est, culpa delictum: unde qui per imperitiam lædit, delinquere dicendus est. §. 6. & 2. seqq. Inst. de leg. Aqu. l. 7. in fin. & l. 8. ff. eod. Dici potest necessitatem muneris judicem à delicto excusare. vid. Vult. ad pr. Inst. de ob. quæ ex quas. del.

CAP. XLVII.

De alieni subtractione: furto, rebus amotis, rapina.

Alteram rationem diminuendi patrimonii subtractionẽ alieni vocavimus, ubi aliena commodi nostri causa ad nos transferimus. Ea duplex: aut enim fit dominis invitis, aut volentibus malis artibus inductis. Invitis dominis iterùm bifariam; clam; vi apertâ. Clam si fiat, furtum nuncupatur, in conjuge amotio, lenitate verbi turpitudinem facti contegente. Si aperta vi, in rebus mobilibus rapina dicitur; in immobilibus, si vis ad possessionem in totum auferendam spectat, dicitur dejectio, si ad minuendam tantum aut adimendam facultatem re liberè utendi, turbatio alie-

næ

næ possessionis. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, rei, usus *a*, possessionisvè. Definitio hæc tria complectitur, contrectationem; eamque fraudulosam; lucri faciendi gratia. Contrectare, est rem manu tractare & loco *b* movere: proinde qui ope consilio juverunt, fures propriè non sunt, nec condictio furtiva adversus eos competit, tametsi furti æquè atque fures *c* tenentur. Sed nec rebus soli hæc definitio convenit *d* abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locivè furtum fieri. Contrectatio fraudulosa est, cum quis rem alienam sciens invito domino animo furandi contrectat. Singula hujus finitionis enucleemus. Exigimus, ut sit res aliena: suam rem, quatenus in ea nihil alieni est, nemo fraudulenter *e* contrectat: secus est, si quod in ea alieni est, conetur intervertere; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit *f*, subtraxerit. Rem autem alienam paulò laxiùs accipimus, ut & liber homo, qui in aliena *g* potestate est, comprehendatur: quod genus furti plagium veteribus dicitur, & legibus *h* publicorum judiciorum quoque vindicatur. Volumus à sciente rem contrectari. Qui suum esse existimat, fur non est, licet in *i* jure non in facto erret. Exigimus, ut, qui contrectat, invito domino id faciat: neque enim fraudantur, qui sciunt & *k* consentiunt, Postremò, quamvis quis rem alienam sciens & invito domino contrectet, tamen si *l* animus furandi abest, furtum non facit. Abesse intelligitur vel ex conditione personæ contrectantis, si is doli ca-

a l. 1. §. ult. hoc tit. de furt. § 1. Inst. de ob. quæ ex del. adduntur utroque loco, quod jure naturali pro habitum est admittere. quod verum quidē est. Quid n. magis contra naturam, quā locupletari cū aliena jactura? turbare distinctionem dominiorum? furari, contra præceptum Decalogi? vid. Arist. 1. pol. Cic. 1. off. Brech. Forn. Gæd. ad l. 42. de V. S. contra Alc. ibid. Cæterum ea verba ad definitionem nō pertinent, quâ explicatur, quid sit res, non qualis sit.

b *Sola a. animo furtum nō admittitur. l. 3. §. si rem. 18. de acq. poss. planè per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur. l. falsus. 43. § 2. hoc tit.* c *l. 6. de cond. furt. §. interdum. 11. Inst. de ob. quæ ex del.* d *§ 2. in fin. Inst de usuc. l. 38. ff. eod. l. 25. h. tit. Agell. 11. noct. 18.* e *l. 2. §. hac actione. 18. vi bon. rapt.* f *§. aliquando. Inst. d. tit. l. 19. §. ult. ff. eod. hoc tit.* g *§. 9. Inst. d. tit. l. 14. §. si filiusfa. 13. eod.* h *§. est & inter. Inst. de pub. jud. tit. ff. ad leg. Fab. de plag.* i *Nam ex voluntate & proposito maleficia æstimantur. l. qui injuria. 53. eod.* k *§. 7. & seq. Inst. eod. l. inter. 46. §. rectè. & seq. ff. hoc tit. junct. l. nemo. 145. de R. I.* l *Nam sine affectu furandi furtum non committitur. d. §. 7. & pen. Inst. eod.*

pax

pax *m* non est; vel ex opinione ex *n* justis causis de voluntate domini concepta.

Tertium accedere oportet, ut contrectetur res lucri faciendi causa: alioqui factum in aliud *o* genus delicti cadit. Illud non refert, rem ipsam quis, an usum rei possessionemvè intervertat *p*.

Ex hac causa actiones variæ proditæ, partim rei persequendæ gratia, partim maleficii coërcendi. Rei persequendæ gratia tres soli *q* domino rei propositæ, vindicatio, ad exhibendū, & condictio furtiva, quæ, quia rei persecutionem continet, etiam in heredem furis in *r* solidum datur. De tigno furtivo alienis ædibus juncto cessat adversus ignorantem vindicatio & ad exhibendum actio, sed est adversus eum, qui ignorans junxit vetus actio *s* in duplum ex lege 12 tabularum. Furti coërcendi causa & criminaliter agitur, & civiliter. De *t* actione criminali nunc non quærimus. Civilis & pecuniaria est actio furti, qua privatus à privato pœnam delicti persequitur. Pœna hæc aut certa est ab initio, aut ex eventu imponitur. Certa ab initio duplex; dupli ex furto nec manifesto; ex manifesto *u* quadrupli. quod utrumque totum pœna est. Manifestus fur est, qui aut in ipso furto, aut cum re extra destinatū locū deprehenditur. Cęteri nec *x* manifesti. In eos, qui ex ruina, incendio, naufragio, rate, nave expugnatâ quid amoverunt semper in *y* quadruplum judicium datur. Pœna, quæ ex eventu condemnatis aut de furto precio pactis irrogatur, est infamia *z*.

Actio furti modò dominis datur, modò iis, quorum interest furtū factum † non esse: quales sunt commodatarius, creditor in pignore, conductor *a*, deposita-

m Ut infans, infantiq proximus. d. §. pen. l. 23. eod. Secus est in pubertati proximis, qui intelligunt, quod agunt. d. loc. Hodie tamen, quia criminaliter agitur ad pœnam corporalem, id non observatur. Clar. 5. sent. §. fin. quæst. 60. n. 3.

n d. §. 7. Inst. de ob. quæ ex del.

o Si contumelia causâ fiat, injuria est, si nocendi tantùm gratiâ, damnum, quod vindicatur lege Aq. l. 5. §. ult. ad l. Aq.

p Sicut definitione comprehensum est. exempl. in l. 15. §. 1. hoc tit. §. 6. & 9. Inst. eod.

q §. ult. Inst. eod. l. 1. & 7. §. 1. de cond. furt. l. 3. §. est a. ad exhib.

r d. §. ult. d. l. 7. §. ult. quod certius liquebit ex iis, quæ tradimus cap. 63. inf.

s Quæ parte ad hunc locum pertinet. arg. tit. ff. 6. de tign. junct.

t Quâ fur extra ordinem coërcetur. l. ult. hoc tit. Apud nos quemadmodum furta vindicantur, satis notum est.

u §. 5. & ult. Inst. eod. §. 26. & seq. Inst. de act.

x §. 3. Inst. eod. l. 3. & seqq. ff. eod.

y l. 1. junct. l. 3. §. non solum. de inc. ru. naufr. duplatur & quadruplatur non id, quod interest, sed verum rei pretium. l. in furti. 50. pr. ubi vid. quæ notat Got. ex Forn. ff. eod.

z l. 1. l. 4. pr. & §. ult. l. 6. de his qui not. inf.

† Hæc fusissimè explicantur in §. unde constat. 14. & 2. seqq. ff. eod.

a Si modò & ipsi solvendo sint: alioqui ad dominum actio redit. dd. loc.

rius quoque, si culpam in se recepit. qui omnes re furto amissâ tenentur. Cæterùm malæ fidei possessor, quamvis ejus intersit, rem non surripi, actionem tamen furti non *b* habet. Tenentur hac actione & ii, qui furtum fecerunt, & quorum *c* ope consilio furtum factum est. Heredes autem furis sola condictione, non autem hac actione, quæ pœnalis est, tenentur.

Interdum etiam evenit, ut nec is, qui furtum fecit, actione furti teneatur, idque in duplici genere personarum. In priore genere sunt servi & filiifa. Hi, si quid dominis aut parentibus, quorum in potestate sunt, surripiant, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit: sed furti actio non nascitur: quia nec ex ulla alia causa potest inter eos *d* actio nasci. Excipiemus tamen filiosfa. qui castrense aut quasi castrense peculium *e* habent, ad cujus quantitatem procul dubio tenebuntur. In posteriore genere sunt vir & uxor, inter quos actio rerum amotarum competit, si quid constante matrimonio spe divortii, quod & secutum sit; ab alterutro surreptum erit. Quod jus vitandæ turpis actionis causâ ob honorem *f* matrimonii constitutum est. Cæterum rerum amotarum actio non minùs ex delicto nascitur, quam condictio furtiva, eandemque vim *g* & effectum sub alia appellatione habet. Hæc de clam destina subtractione.

De re aliena vi erepta & publica accusatio est ex *h* legibus Juliis de vi, & privata actio vi bonorum raptorum in quadruplum, in quo & rei *i* persecutio continetur. Sed & præter hanc actionem etiam *k* omnes illæ competunt, quæ adversus fures dantur. Quod tamen ita est, si *l* dolo malo quis rapuerit: cæterùm si sine dolo, cessat vi bonorum raptorum actio: sed is, qui rapuit, aliis pœnis ex constitutionibus obnoxius est: nã si dominus fuit, dominium rei amittit; si non fuit

b Ne quis ex improbitate sua actionem consequatur. l.12. §.1. eod.

c l.6. de cond. furtiva. §. interdum 11. Inst. eod. quamvis hi condictione non teneantur.

d §. hi qui. Inst. eod. l.16. ff. eod. l.4. de jud. §. pen. Inst. de nox. act.

e Arg. d. l.4. l.2. de sen. Mac. neq; tamen tenebuntur actione famosâ. arg. l.2. rer. amot. l.11. de lib. & posth.

f l.1. & d. l.2. rer. amot.

g l.21. §. pen. l.6. §.3. l.26. eod.

h Tit. ad l. Iul. de vi priv. & tit. ad l. Iul. de vi pub.

i Inst. de vi bon. rap. in pr. §. vi autem. 19. Inst. de act.

k Furti manifesti, quando est deprehensus. l. si vendidero. 80. §.3. hoc tit. nec manifesti, si se celaverit. l.1. vi bon. rap. item condictione. l.7. §.1. de cond. furt.

l §.1. Inst. de vi bon. rap. l.2. §. in hac actione. 18. eod.

domi-

dominus, tum post restitutionẽ rei etiam æstimationẽ ejus præstare cogitur, condictione ex lege *m*.

m *d. §. 1. l. 7. C. und. vi l. 13. quod met. caus. sed hunc rigorem apud nos usu antiquatum esse, memini me alibi monuisse. nec usquam gentium apud Christianos servari scribit Covar. 3. resol. 16. n. 7.*

CAP. XLVIII.

De interdicto unde vi, aut ut est in Decretalibus, De restitutione spoliatorum.

Dejectio est, cum quis de possessione alicujus loci dejicitur. Hæc vis magis etiam, quam superior, vindicatur *n* legibus Juliis de vi publica & privata: sed nihilominùs & ei, qui dejectus est, privata persecutio constituta est, nempe interdictum *o* unde vi, sic dictũ à primis verbis interdicti, aut loco interdicti *p* actio in factum ex obligatione: quam palam est esse ex maleficio, nempe ob vim illatam: quod nunc quærimus. Est autẽ interdictum hoc *q* recuperandæ possessionis: atque in eo duo sunt consideranda; dejectio sive causa hujus obligationis & actionis; item ipsa obligatio & actio. In dejectione spectabimus hęc quatuor; personam dejecti; rem, unde dejicitur; dejiciendi modum; effectum dejectionis. Ad personã dejecti quod attinet, solus dejici intelligitur, qui *r* possidet, hoc est, ut alibi definivimus, qui rem animo & affectu dominantis tenet: justè sive injustè, per se aut per alios possideat nihil *s* interest. Qui non possident, etsi rem tenent ex justa causa, ut *t* colonus, inquilinus, interdicto non utuntur: quam ob causam necesse fuit fructuario hoc interdictum speciatim *u* proponere. Rem, unde

n *l. 1. §. 2. hoc tit. unde vi sive de vi & de vi armata. §. 6. Inst. de interd. apparet a. ex inscriptione ff. & vestigiis veterum duo fuisse interdicta, unũ de vi privata, quæ fit sine armis, alterum de vi publica sive armata, effectu non nihil dissimili. vid. Duar. 1. disp. 20.*

o *Quod practici sub nomine* complaincte *aut* spolii *intelligunt.*

p *Sublatis interdictorum formulis. §. ult. Inst. d. tit. Apud nos tamen supremum tribunal, cui jus est etiam in prima instantia de causis possessionum cognoscendi art. 19. Inst. sup. cur. veterem usum interdictorum quodammodo servat. certè modus procedendi & apud Acta concludendi adhuc discrepat esse a. in potestate actoris aut interdicto experiri aut in factum agere scribit Fab. ad d. §. ult.*

q *Præter hoc interdictum & alia sunt remedia recuperandæ possessionis: receptissimum a. remed. can. redintegrandæ. 3. q. 1. vid. Gail. 2. obs. 75.*

r *l. 1. §. dejicitur. 9. & §. hoc interdictum. 23. eod.*

s *d. §. 9. & seq. l. 12. & l. 18. eod. causa possidendi non spectatur. l. 3. §. 5. de acq. poss. nec modus. §. 5. Inst. eod.*

t *d. l. 1. §. idemque. 10. nec obstat l. 12. eod. nam colonus, qui domino prius dejecto, se pro domino gerit, ipse possidere incipit. nec igitur heredi dabitur, nisi ipse prius possessionem nactus sit: sed utetur remediis adip. poss. §. 3. Inst. de interd.*

u *l. 3. §. unde vi. 13. & seqq. eod.*

quis pellitur, immobilem esse oportet: nec enim dejicitur quisquam nisi de loco aut re soli. De cæteris x rebus pulso sunt suæ quidem y actiones; interdictum autem ad eas non pertinet. Modus dejiciendi triplex; si de fundo quis vi z detrudatur; si advenientem quis vi prohibuerit possessionem † ingredi; si quis possessorem in ipso fundo vi detinuerit vel vinctum, vel ut ibi opus a faciat. Idemque est, si quis adversus familiam nostram, per quam possidemus idem admiserit. Enimverò qui vi compulsus possessionem alii tradiderit, interdicto non aget, sed remittēdus est ad actionem b quod metus causâ. Ad extremum accedere debet hic effectus dejectionis, ut deturbatus eo facto possessionem amiserit, proinde si quis me dejecerit, meos non dejecerit, non potero hoc interdicto experiri: quia per eos retineo possessionem c.

In obligatione atque actione interdicti duo genera rerum veniunt. In primis fundus ipse aut ædes, unde quis dejectus est, ut unde dejectus est, eò restituatur: siquidem hoc interdictum, ut diximus, pertinet ad recuperandā vi amissam d possessionem. Accessit postea & alia pœna ex constitutionibus: quæ hæc est, ut dominus, qui possessionem rerum apud alium constitutarum invasit, & possessionem, quam abstulit, restituat, & dominium rerum amittat: non dominus unà cum re æstimationē restituere e compellatur. Veniunt deiňde ea omnia mobilia, quę dejectus ibi habuit tempore dejectionis, æstimatione f jurejurãdo ipsius committendâ: item fructus omnisq; utilitas, quam ex die, quo dejectus est, percipere g potuisset. & hoc est, quod dicitur, hoc interdicto condemnationem fieri in id, quod actoris h interfuit. Sed de his rebus intra i annūm tantummodò utilem datur, post annum id in restitutionem venit, quod ad invasorem k pervenit.

x Nave, vehiculo &c. d. d. l. 1. §. 3. & §. seqq.
y Injuriarū. l. 13. §. ult. de injur. furti, vi bonorū rapt. d. l. 1. §. 6. eod.
z Aut si ostētato armorum turbavè metu fugerit, & occupata sit possessio. d. l. 1. §. ipsē Labeo. 29.
† Aut si quis audito armatos esse in possessione, non accessit. d. l. 1. §. sive a. 24. l. 3. §. 8. eod. in qua specie versatur causa Cæcinnæ.
a d. l. §. antep. & pen.
b De qua inf. cap. 53.
c d. l. 1. §. non alii. 45. ubi mendum esse apparet, & legendum. qui non possidet, sicut & in Accursianis libris legi testis est Hot. 7. obs. 6. est n. interdictū hoc recuperandæ possessionis.
d d. l. 1. pr. §. recuperandæ. Inst. de interd.
e l. 7. C. hoc tit. d. §. recuperandæ. sed hęc pœna desuetudine dicitur esse abolita.
f d. l. 1. pr. & §. 6. §. quod a. 33. & seq. l. pen. eod. junct. l. si quando C. eod.
g l. 1. §. ex die. 40. & seq. eod. quod jus ex verbo restituendi acceptū est. arg. l. 35. & 75. de V. S.
h d. l. 1. §. non solum. 41. l. 9. l. 15. eod.
i Quia aliquatenus pœnā continet. d. l. 1. pr. & §. 39.
k Ut edicto expressum est. d. l. 1. pr.

Pro-

Propositum est hoc interdictum ei, qui dejectus est, aut per se, aut per eos, qui ejus nomine sunt in *l* possessione. Propositum etiam ei, qui vitiosè priùs possidebat, id est, vel vi, vel clam, vel præcario, etsi ab eo, qui vi *m* dejecit: nam hoc generaliter placuit, veterum *n* distinctione repudiatâ. Sanè si dejectus adversarium in continenti, hoc est, in ipsa contentione & turbâ iterùm dejiciat, adversus hunc cessat *o* interdictum: quia vim vi propulsare licet. Datur hæc actio sive interdictum adversus eum, qui dejecit, licet non *p* possideat: adversus eum, qui non dejecit, etsi *q* possideat, non datur. Dejecisse autem videtur non tantùm is, qui per se dejecit: sed & qui *r* mandavit, ut aliquis dejeceretur, aut dejectionem ratam habuit. Hoc amplius & dominus tenetur, cujus *t* familia dejecit. Denique adversus patrem quoque, si filiusf. dejecit, utile interdictum competit de eo, quod ad eum pervenit *u*.

Hæc vis & potestas interdicti unde vi jure veteri fuit. A Justiniano duo singularia inducta; unam, ut etiam is hoc interdicto teneatur, qui sciens vacuam possessionem occupavit, etsi nullâ vi *x* atroci adhibitâ: alterum, ut omnes hac actione experiri posint, qui nostro nomine in possesione fuerunt, & inde dejecti sunt *y*.

l Quales sunt procurator, colonus, item is, qui cum missus esset in possessionem, prohibitus est eam ingredi, d.l.1.§.22.l.12.l.18.eod.

m §.6. Inst de interd. unde sumtum illud vulgatum, Spoliatū ante omnia esse restituendum. l.8. C. h. tit. l.14. C de agric. ex literis. & can. conquerente. ext. de restitut. spol. quę regula quilus in causis officiū suum perdat. vid. Papon. lib.8.tit.5. de redint. des arrests de France add. Men. rec. rem.1.

n Quæ hujusmodi fuisse videtur, ut si vi publicâ dejectus esset ab eo, à quo vitiosè possidebat, sine exceptione restituendus esset: sin sine armis, non aliter, quam si ab alio. d.l.1.§. qui à me. 30. junct. l.14. eod. Duar. 1. disp. 20. *o Magisq; possessionem suam retinere, quam novam occupare intelligitur. d.l.1. §. vi possidere. 28. l.3. §. eum. & ibi Gloss. eod. Cujac. 5. obs. 18. add. Ias. in l.6. §. ult. de acq. poss.* *p l.1.§.42. l.7. eod. cui consequens est, tum quod traditur in d.l.1.§. rectissime. & seq. tum hanc actionem in personam esse.* *q d.42. & d.l.7. unde satis intelligitur, non dari adversus singularem successorem. pœnale n. est, & merè personale, cum cætera sint ita personalia, ut sint in rem scripta. Don. ad l.2.n.3. C. hoc tit. vid. & Men. rem.1.q.13. & rem.15. & 16. adversus heredes datur, quatenus ad eos pervenit. d.l.2.* *r Ut uterq; teneatur, & qui dejecit & qui mandavit: sed litis æstimatione ab uno præstitâ alter liberatur. d.l.1.§.12. & 13.* *s d.l.1. §.14. temperamentum adde ex §. interdictum. 43.* *t Servi aut qui servorum sunt loco: sed hactenus, ut aut restituat quod ad eum pervenit, aut servum noxæ dedat. d.l.1.§.11.15. & 3. seqq.* *u d.l.1.§.20. l.16. eod.* *x l. ult. C. eod. non tamen, ut teneatur pœnâ l.7. C. eod. Don. ad d.l. ult.* *y Integrâ tamen reservatâ absenti domino actione. l. C.1. si per vim vel alimod. ad. Menoch. rec. rem.6.*

CAP. XLIX.

De vi adhibita ad alienam possessionem turbandam. De interdictis uti possidetis, & utrubi.

TUrbatur possessio aliena, cum possessor, in possessione manens prohibetur re suâ liberè uti. quæ vis pecuniariâ tantùm & civili pœnâ coërcetur. Turbandi modus duplex; aut manu & corpore nostro; aut opere facto. Manu & corpore impeditur possessio aliàs rerum corporalium; aliàs incorporalium. De rebus corporalibus adversus eam vim comparata sunt interdicta duo; uti z possidetis in rebus immobilibus, quod tamen de cloacis non a proponitur; in mobilibus b, utrubi. Utriusque c causa & vis eadem: ac proinde satis erit de interdicto uti possidetis cognoscere. Quæstiones hìc duæ, eædem nimirum, quæ de interdicto superiore; una de causa hujus interdicti sive actionis; altera de vi & potestate, seu quid ea actione contineatur ad juris nostri persecutionem.

Causa interdicti tria continet. Primum est, ut quis vim d faciat, quâ possessio nostra impediatur. Vim facere hìc dicitur, qui alicui possessionis e controversiã facit, id est, prohibet, quo minùs possessione suâ liberè utatur. Fit hoc duobus modis; verbis, aut manu. Verbis in f judicio, cùm quis se dominum fundi & simul possessorem esse dicit, petitq; ab eo, qui eum fundum tenet, ut eum restituat: is autem negat eum, qui petit possidere. Hac inficiatione solâ controversiam possessionis facit repetenti; possessionis commodum adimit; atq; ita vis illi fit; quo minùs possideat, uti possidet. Ea propter si adversarius nihilominùs de proprietate judicari velit, necessitas ei imponitur petitorio judicio experiundi, subeundique onera petitoris,

z §. 4. Inst. de interd. tit. ff. & C. uti possid. hoc interdictũ manutenuo pragmatici appellant.

a l. 1. pr. eod. hoc ideo, quia loci corpus, in quo cloaca est, non possidetur. arg. l. 23. de usuc. est a. eo nomine aliud interdictum, de quo cap. seq.

b Quod propter vilem rei mobilis possessionem ab aula recessisse, arrestumq; in ejus locum successisse testatur Imb. 1. cap. 9. apud nos tamen in usu est, & communi nomine manutenue dicitur.

c Olim a. nonnihil dissimilis erat. vid. d. §. 4.

d Quod verbis interdicti expressum est. d. l. 1. eod.

e l. 3. §. 2. eod. quo etiam pertinet l. 11. und. vi. alieno loco collocata.

f Etsi nun' qua antea possessorẽ inquietaverit. Idem est etsi verbis extra judicium per diffamationem possessio turbetur. Men. retin. 3. a. 41. & 42. Gom. in l. Tauri. 45. n. 171. quod si per diffamationem usus rei non impediatur, agendum remed. l. diffamari. C. de ing. man. Gom. d. loc.

necef-

necessitatẽ nimirum probandi rẽ ad se pertinere; quæ probatio sæpe difficilis est. Possessoris autem conditio longè melior: quippe qui actore non probante, etsi ipse nihil præstiterit, absolvitur, manente in loco suo *g* possessione. Ortâ igitur controversiâ de proprietate, si initio contentio existat de possessione; utroque litigatore se possessorem esse contendente; non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & commodo possessionis fruatur, alius à possessore *b* petat, oneraque petitoris sustineat. Ad hanc litem de possessione dirimendam comparatum est hoc interdictum: quo efficitur, ut is, qui possidet, possessor declaretur, & deinceps in judicio proprietatis fruatur commodis possessionis.

Re & opere facto impeditur possessio iterum dupliciter; cum quis prohibetur quid facere in suo, puta serere, arare, ædificare: item cum quis in alieno quid facere instituit, puta ire, agere, domino non concedente; quo casu etiam actione negatoriâ de servitute experiri licet *i*.

Secundum exigit causa superior, ut vis fiat possidenti solùm enim *k* possessorem hoc interdictum tuetur. Recipiemus tamen & *l* usufructuarium & *m* superficiarium, multoque magis emphyteutam. Tertium est; ut is, cui vis fit, possideat nec vi, nec clam, nec precariò ab *n* adversario: quod tempore *o* litis contestatæ in utroque interdicto spectatur. Si ab alio quoquam istis modis possideat, nihilominùs interdictum tuebitur possessionem *p*.

g l. qui accusare. C. de edend. junct. l. ult. C. de rei vind. & d. §. 4. Inst. de interd.

h d. §. 4. l. 3. C. de interd. non potest igitur possessorium cum petitorio cumulari. vid. Men. d. rem. 4. 66. diss. Cujac. 25. obs. 34. cujus tamen sententiã usus fori nostri comprobat.

i l. 11. und. vi. l. 3. §. 2. & seqq. hoc tit. l. 8. §. 5. si serv. vind. vid. eundem Men. d. rem. 3. 4. 62.

k d. l. 4. pr & §. 4. & seqq. nudum a. detentatorẽ non aequè. exempl. in l. 3. §. creditores. eod. Don. ad l. un. C. eod.

l Quamvis verbis edicti non continetur. l. ult. eod. *m l. 1. §. 2. de superf. eadem ratione recipiemus & Vasallum.* *n d. l. 1. pr. & §. 5. d. l. un. C. eod. probationem a. vitiosæ possessionis, quia delictum non præsumitur, non actori, sed reo incumbere affirmat Men. d. rem. 4. 74.* *o §. 4. in fin. Inst. de interd. vulgò obtinuit actorem probare debere se & tempore turbationis & litis contestatæ possedisse. necessariam quoq; esse allegationem possessionis hodiernæ, quod qui nullam habet hoc interdicto agere non potest. tab. in d. §. 4. quando a. possessio probatur extremis, sc. principio & fine, præsumatur continuata, tradit Panorm. in c. accidentibus ext. de priv.* *p l. 3. pr. eod. notanda hîc differentia inter hoc interdictum, & unde vi: nam qui me vi dejecit, eum ex intervallo expellere non possum. turbare impunè possum, vid. Menoch. d. rem 4. 34.*

Vis hujus interdicti in re item, & personis consideranda. In re duplex: una est, ut, quem judex cognoverit possidere, eum sententiâ suâ talem esse declaret: nam ad q retinendam possessionem hoc interdictum comparatum est. altera est, ut in id, quod actoris interest possessionem retinuisse adversarium r condemnet: verùm in hanc quantitatem interdictum non datur, nisi intra s annum utilem. Datur hæc actio ei, qui in possessione t turbatur, si modò possessionem nec vi, nec clam, nec precariò ab adversario tempore litis côtestatæ obtineat. Datur adversus eum, qui possidenti controversiam u possessionis facit, hoc est, qui se contrà possessorem esse contendit, cùm aut non possideat, aut possideat quidem, sed aut vi, aut clam, aut precariò ab adversario. Atque hinc est, quod interdicta hęc uti possidetis, & utrubi duplicia dicuntur, nempe quia par utriusque litigatoris conditio est, uterque & actoris & rei partes quodammodo x sustinet. Quod si duo in possessione defendantur, satisdatione judicatum solvi oblatâ potest ad petitorium judicium y perveniri. Cùm autem hæc actio sit in id, quod interest vim possidenti factam non esse, & pœnæ persecutionem quodammodo contineat, palam est eam non in rem esse, sed in personam ex obligatione: obligationem autem ex maleficio descendere.

q d. l. 1. pr. & §. est igitur. d. §. 4.
r l. 3. §. ult. eod. add. Menoch. d. rem. 3. 4. 39.
s Qua primùm de ea re experiundi potestas fuerit. d. l. 1. pr. pœnalis n. hęc actio habetur: quia sæpe fit, ut nihil verò intersit.
t d. l. 1 §. antep. & pen. quod ex causa interdicti satis intellectum est.
u Et hoc satis ex superioribus intelligitur.
x d. l. 3. §. 1. §. pen. Inst. de interd.
y d. l. 3. pr. junct. l. un. C. eod. atqui duo in solidum possidere non possunt. l. 3. §. 5. de acq. poss. l. 5. §. ult. commod. De vera possessione hoc rectè dicitur, & locum habet cum de fructibus aut dominio ob possessionem acquirendo agitur. Cæterum cum spectamus affectum tenentium, possunt duo videri simul possidere: quamvis unus tantùm re vera possideat. hoc a. interdictum qualemcunq; possessorem tuetur, modo ne vi, & c. sè possideat ab adversario. l. 2. cod. vid. Don. ad d. l. un.

CAP. L.

De interdictis seu actionibus possessoriis adversus vim, ad impediendam servitutem quasi possessionem adhibitam, proditis.

UT corporalium rerũ possessio, ita & servitutium quasi possessio usurpari potest. Verùm enimverò

rò non de omnibus interdicta sunt proposita, sed de quatuor generibus tantùm, ubi *z* utilitas major id postulare visa est. Genera hæc sunt; de itinere actuque privato; de aquæductu; de aquæhaustu; de cloacis. De his in commune dici potest, easdem esse causas agendi, quas suprà commemoravimus; finē eundē ut retineatur quasi possessio; adversus eosdē competere, qui vim *a* faciunt. At quibus dentur, non æquè exploratum: proinde de eo in singulis quærendum.

Interdictum de itinere actuque privato duplex: unum de possessione sive usu itineris; alterum de refectione. Prius patrocinatur ei, qui hoc anno nec vi, nec clam, nec precariò ab adversario usus sit, dum ne paucioribus diebus, quam *b* triginta. Posteriori de refectione cavetur, ne ei, qui itinere hoc anno ita, uti diximus, usus est, vis fiat, quo minùs id iter *c* reficiat. Sed ita demum hoc interdicto quis obtinebit, si hæc tria præter illud amborum commune, concurrant; ut servitutem *d* constitutam habeat; ut ne quid præter modum præscriptum in reficiendo *e* moliatur; ut caveat damni infecti nomine *f*.

Secundum genus est aquæductus. de quo itē duo genera interdictorū proposita, de usu; & refectione. De usu interdicta sunt tria; de aqua cottidiana; de aqua æstiva, quæ superiori illi *g* planè sunt similia; tertium de aqua, quæ ex castello ducitur, hoc novum habet, ut non alii competat, quam cui hoc jus *h* concessum est. In secundo genere unū est interdictū ad aquæductus omnes pertinens, ut liceat rivos, specus, septa aquę ducendæ causâ *i* reficere, purgare ei, qui hoc anno nec vi nec clam nec precariò ab adversario aquam duxit *k*.

Tertium genus est aquæ haustus. Etiam de hoc

z Et incerta possessio, ut in servitutibus rusticis. l. 14. de servit. in urbanis verò possessio semper certa, de qua adversarius etiam cogitur confiteri, cum in superficie consistant, & res subjiciatur oculis. l. 20. de serv. urb. præd.

a Quæ omnia licebit animadvertere ex interdictis, quæ subjiciuntur.

b l. 1. de itin. act. priv. etsi eo tempore, quo agitur, usus non sit. d. l. 1. §. 2. add. l. 2. & ult. eod.

c l. 3. §. ait. 11. & seq. e. d.

d Hoc ideo: quia qui vult reficere, aliquid novi facit, quod ei permitti non debet. qui a. patitur ire nihil perdit. d. l. 3. §. hoc a. 13.

e d. l. 3. §. fieri. 14.

f Hoc verbis ipsis edicti expressum est. d. l. 3. §. ait. l. 5. §. ult. eod. *g l. 1. pr. §. 3. & §. deinde item §. quia. 31. l. 6. de aq. cott. & æst. add. Cap. de serv. rust. c. 4. Men. retin. rem. 6. n. 95.* *h d. l. 1. §. ait. 38. & seqq. vid. eundē Menoch. d. rem. 6. n. 57. & seq.* *i Etiam diebus festis. Virg. 1. Georg. Rivos deducere nulla Religio vetuit.* *k Explicatur hoc interdictum in l. 1. de rivis. distat ab eo, quod est de refectione itineris actusq; privati, quod hîc non de jure, sed usu quæritur: cujus rei ratio redditur in l. ult. d. tit. confer Cujac. 16. obs. 7. Men. retin. rem. 7.*

genere duo sunt *l* interdicta, superioribus de aquæductu propemodum per omnia similia; unum de usu; ut, qui usus est fonte, puteo, piscina, lacu alieno ad aquam hauriendam, eaque utendum hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario, ne ei vis fiat, quominùs deinceps ita *m* utatur. Alterum de refectione, ut, qui hoc anno ita usus est, ei liceat loca superiora purgare *n* reficere. Notandum autem est, hoc interdictum proponi de haustu aquæ vivæ, ad cisternas & puteos, quæ aquam perpetuam non habent, non pertinere *o*.

Quartum genus servitutis, de quo judicia sunt possessoria, est servitus cloacæ. Cloaca est locus cavus, per quem colluvies aliqua fluit. De hoc genere item interdicta duo; unum de cloacis privatis alterum de publicis. De cloacis privatis longè aliud jus est, quam de superioribus servitutibus. De usu cloacæ, quæ ex ædibus nostris porrigitur in vicinas *q* nullum est interdictum: sed solùm de *r* refectione, quod sine exceptione proponitur omnibus, quorum ex ædibus cloaca in alienas ædes pertinet, sive jus habeant cloacæ in alieno habendæ, sive non habeant, sive usi sint aliqua parte anni, sive non sint usi, aut usi vi aut clam aut precariò *s*. De cloaca publica unum interdictum est eò pertinens, ut si quis in eam quid immissum habeat, quo usus ejus deterior fiat, id restituat, eamque purget: si nondum immisit, ut inhibeatur, ne faciat. Si quid contrà factum erit, condemnetur in id *t*, quod interest ejus, qui agit. Hæc autem vis omnis cum maleficium sit, quo scilicet alteri sua possessio ex parte adimitur, certum est hæc omnia ad eas obligationes, quæ ex maleficio sunt, pertinere, ut furtum, rapinam, damnum.

l Proposita & explicata in l. un. de fonte.

m d. l. un. pr. explicatur in §. 1. & deinceps.

n d. l. un. §. deinde. quod eandem rationem habet, quam superiora, quæ sunt de refectione. §. 7. d. l.

o d. l. un. §. 4. quippe sunt hæc interdicta velut possessoria de servitutibus servitus a. consistere non potest in ea aqua, quæ viva non est & perpetua. l. 28. de serv. urb. præd.

p l. 1. §. cloaca. 4. de cloac.

q Merito cum urbana servitus, in superficie consistens constantem habeat & omnium oculis expositam possessionem. vid. l. 20. de serv. urb. præd.

r l. 1. & tot. tit. de cloac.

s Siquidem cloacarum refectio ad salubritatem & tutelam civitatium pertinere visa est. d. l. 1. §. 2. & 7. quid, tamen damni infecti nomine cavendum est. d. l. 1. pr.

t d. l. 1. §. pen. & ult.

CAP.

CAP. LI.

De interdicto Quod vi aut clam. & de arborib. cadendis.

HActenus de vi, quæ manu fit & corpore. Transeamus ad ea impedimenta, quæ possidenti objiciuntur opere facto. De his extat interdictum quod *u* vi aut clam: cujus causa nobis primum, deinde & vis similiter, ut superiorum, consideranda est. Causa quatuor hæc desiderat; opus factum; factum in solo; damnum, faciendi modum. Principio interdictum sic *x* acceptum est, ut pertineat tantùm ad opus factum, quod in alieno relinquatur, quoque rei facies & natura immutetur vel immittendo vel detrahendo vel invertendo aut *y* corrumpendo. Secundum accedere oportet, ut opus, quod fit, fiat in *z* solo. quod eam vim habet, ut si quis eorum quid fecerit in re † mobili, hoc interdicto non teneatur. In solo fieri interpretabimur non solùm quod in solo ipso fit, sed etiam quod in superficie, arboribus, aëre solo *a* imminente. nec interest, sit ne locus *b* publicus, an *c* privatus. Tertium est, ut id opus alii noceat; nam si rem meliorem faciat, aut non *d* deteriorem, cessat interdicti sententia. Quartum est, ut fiat vi aut clam.

Vi fecisse intelligitur, qui quoquo modo à quocunque prohibitus ne faceret, contrà, quam prohibitus est, fecit: sive prohibitus sit verbis tantùm, sive testibus adhibitis, sive interpositâ solenni operis novi *e* nunciatione. Aliquando tamen prohibitio non nocet, quasi vi factum sit; quod receptum est tribus in causis; si prohibitio postea *f* remittatur ab eo, qui re-

u Quod interdictum retinendæ, non recuperandæ possessionis causâ comparatum esse tùm ex superioribus, tum ex iis, quæ sequuntur, appart. Diss. Forst. tract. Inst. part. 2. disp. 4. th. 4.

x l. 1. §. 4. l. 7. §. 5. ff. h. tit. quod vi aut clam. haud dubiè ex verbo restituas.

y Exempla passim hoc tit. obvia vid. d. l. 7. §. 2. 3. 5. 6. pen. & ult. & 2. ll. seqq. l. 11. pr. & §. 5. l. 15. §. 1. 2. & 7. l. 9. §. ult. l. ult. §. 1. eod.

z d. l. 1. §. 4. d. l. 7. §. 1.

† Puta nave aut alia quælibet re vel amplissima. l. antep. §. pen. eod.

a d. l. 7. §. 5. & ult. & 2. ll. seqq. d. l. ult. §. pen.

b *Sacer aut religiosus. d. l. antep. §. ult. d. l. 11. §. 1.*

c *Etsi is facientis sit proprius, dum factum alii, cui servitus debetur, noceat. l. un. §. 3. de remiss.*

d *Veluti si quis agrum tempestivè araverit. d. l. 7. §. 7. sylvam caduam maturam ceciderit. l. 18. eod.*

e *d. l. 1. §. 5. d. l. antep. pr. sive is, qui prohibuit dominus est, sive extraneus, qui alieno nomine denunciavit. l. 3. pr. ubi ratio. l. 27. eod.*

f d. l. 3. §. 2. d. l. antep. §. 2.

mittendi jus *g* habet: si paratum se dicat is, qui fecit, judicio *h* contendere & satisdare: si prætor litigatoribus se jurisdictioni ejus committentibus, nunciationē missam *i* fecerit, id est, inhibitionem & nunciationem novi operis remiserit. Is quoque vi fecisse videtur, qui per vim aut dolo malo *k* consecutus est, ne prohiberetur. Clam fecisse eum definiemus, qui celavit eum cujus controversiam metuebat, aut *l* metuere debebat. Ejus controversiam metuere aut metuere debere intelligimur, quem dominum esse loci, cujusvè interesse *m* scimus, ne opus fiat. Celasse intelliguntur hi quatuor, qui non denunciavit aut ipsi adversario, aut per ejus absentiam procuratori ejus amicisvè: qui non denunciavit quid ubi quando facturus esset: qui non ita tempestivè, ut adversarius posset occurrere: qui aliud denunciavit, aliud fecit *n*.

Ex hac causa nascitur interdictum, quod appellatur quod vi aut clā, verbis disjunctim conceptis, quę indicant alterutrū *o* sufficere. Si tamē id, quod actor prius vi aut clam fecit, ego ex magna & *p* necessaria causa sustulero, placuit exceptionē mihi dari. Idē dicendum est, si metuens, ne incendium ad meas ædes perveniret; vicinas *q* ædes interciderim. Caeterùm si quis jure suo quid fecisse alleget, nulla idonea exceptio est *r*.

Nunc vis & potestas interdicti cognoscatur, quid contineat, cui adversus quem competat. Continet restitutionem operis, quod vi aut clam factum est, id est, ut res reponatur in pristinum locum, quo jam eadem incipiat esse conditio actoris, quæ futura esset, si

g Quod habet in privato solo dominus, & rei alienæ administrator, in publico solus princeps, aut cui id jus à principe concessum est. d. l. 3. §. 3. & seq.

h d. l. 3. §. 5. quod sumtum ex edicto de operis novi nunciatione. l. prætor. 20. pr. & §. 9. de op. nov. nunc.

i d. l. 7. §. 2. est hæc pars edicti de operis. nov. nunc. quę dicitur de remissionibus l. un. de remiss. vid. inf. c. 58.

k Periculum, puta, adversario denunciando, si prohibiturus accederet, aut januâ pręclusâ. l. 1. §. sed & l. antep. h. tit. quod si quis, cū vellet prohibere, deterritus pudore aut reverētiâ adversaris, prohibitione supersederit, non videbitur adversarius vi fecisse. d. l. 1. §. pen. idem est. si volentem prohibere alius vi detinuerit. d. l. 1. §. ult. & l. seq. simili modo in interdictum non incidit prohibiti heres aut emptor, qui causam pręcedentem ignoravit. d. l. antep. §. 3. l *l. 3. §. pen. & ult. l. 4. & seq. eod. non videtur a. celatus, qui non ignoravit. l. 1 in fin. de act. emt.* m *l. 5. pr. eod. sed etsi quis, dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui, non mei causâ fecerit, mihi interdictū competit. d. l. 5. §. 5.* n *Atq; hi omnes ad causam interdicti pertinent d. l. 5. pr. §. 1. & 2.* o *Quid ergo si & vi & clam? placet interdictum nihilominus disjunctim proponi posse l. 11. § 5 eod. ubi exemplū.* p *l. 7. §. 3. l. ult. §. 2. eod.* q *Ad quas usq; incendium pervenit. si verò eousq; non pervenit, hactenus, qui intercidit, excusatur, ut adversus eum simplō fiat æstimatio. d. l. 7. §. 4. utroq; tamen casu cessat actio leg. Aquil. l. 49. ad l. Aq.* r *l. 1. §. 2. ff. eod. hoc tit.*

nihil

nihil vi aut clam factum fuisset. Id nisi fiat, tanti lis *s* æstimabitur, quanti actoris *s* interest. Sed actio in id, quod interest, anno circumscribitur, computãdo ab eo tẽpore, quo opus *t* perfectum est. Competit ei, cujus *u* interest opus factum non esse: si plures erunt, quorum intereſt, omnibus *x* competit. Competit adversus quatuor genera personarum; eum, qui ipse vi aut clam *y* fecit, cujus jussu factum est; qui ratum habuit; qui habet restituendi *z* facultatem. Atq; adversus hos omnes obligatio & actio ex maleficio oritur, sive præcesserit vis sive postea in retinendo facto admissa sit.

Si arbor vicini in ædes aut agrum nostrum impendet, nec uti possidetis interdictũ, nec quod vi aut clam locum habet: sed est genus impediendæ possessionis & vis quædam mixta ex utroq; superiore: unde & interdicta peculiaria hîc proposita, quæ dicuntur de *a* arboribus cædendis. Ea duo: unum de arbore, quæ ex alienis ædibus in nostras impendet: hanc jubetur vicinus ab stirpe excidere; eo recusante, interdictum propositum in hoc, ut nobis id facere & ligna auferre *b* liceat. De ea arbore, quæ radicibus suis fundamentis ædium nostrarum periculum adfert, utile interdictum *c* datur. Alterum est de arbore in agrum nostrum impendente, ut ea ad quindecim pedes coerceatur *d*.

s Ut sarciatur quidquid damni ex eo opere fuerit. l. 11. § 2. l. 15. §. 7. eod. æstimatione ob dolum aut contumaciam non restituentis jurejurando in litem faciendã. d. l. 15. § 9. alioqui æstimatur id solùm, quod verè interest. l. 2. §. 1. l. 5. §. 3. de in lit. jur.

t d. l. 15. §. 3. & seq. unde etiam intelligimus actionem hanc pœnalem esse. l. 35. de O. & A. pœna in eo, quod detur etiam ei, qui jus prohibendi nullum habet, cui propriè ex patrimonio nihil abest facit l. pen. de op. nov. nunc. u *Etsi non possideat, ut puta, colono, fructuario. l. 11. §. si fundus. 11. & seq. l. 12. hoc tit.* x *Finge in loco conducto factum esse, cujus usus fructus alienus est, domino, usufructuario, colono competet. d. l. 11. §. ult. & 2. ll seqq. eod.* y *Sive suo nomine sive alieno. d. 5. §. hæc verba. & §. idem ait. cætera sunt in l. 13. §. pen. l. 15 pr. eod.* z *Sed dissimiliter à superioribus: illi tenentur ad omne damnum d. l. 11. §. 4. d. l. 13. §. ult. Hic ad hoc tantùm, ut patiatur opus tolli sumtibus alienis. l. 7. pr. d. l. 13. §. ult. si servus fecerit, dominus actione noxali tenetur. l. 14. eod.* a *Tit. ff. de arb. cæd. l. 1. C. de interd. datur & actio finium regundorum. l. ult. fin. reg.* b *l. 1. d. tit. de arb. cæd.* c *d. l. 1. C. de interd.* d *Id est, rami arboris circumcidantur. d. l. 1. §. ult. de arb. cæd. ratio in §. pen.*

CAP. LII.

De interdictis adipiscendæ possessionis tum de iis, quæ sunt de rebus commercio exemptis.

HÆc omnia de deminutione veræ possessionis detentionisque. Est, ubi defendimur, quamvis non

poſſidemus. Tametſi enim propriè nulla alia poſſeſſio aut adimi aut minui poteſt, quam ea, quæ jam quæſita eſt: ſunt tamen quædam veræ detentioni ſimilia, adverſus quæ nō minus, quam adverſus veram poſſeſſionem, vis fieri poteſt, quò minus ea teneamus: ac proinde etiam horum tractatio ad propoſitam diſputationem pertinet. Detentioni veræ ſimilia ſunt duo; in rebus privatis interdum poſſeſsio adipiſcenda; in rebus commercio exemptis uſus earum nobis conceſſus.

Adipiſcendæ poſſeſsionis causâ interdicta propoſita ſunt ſex. Primum eſt Quorum bonorum, quod competit ei, qui bonorum poſſeſsionem apud Magiſtratum agnovit, de iis rebus, quas quis ex iis bonis pro herede aut pro poſſeſſore *e* poſſidet. Secundum Quod legatorum heredi datum de rebus, quas quis legati nomine non ex voluntate heredis *f* occupavit, præſtitâ tamen antè idoneâ cautione. Tertium eſt propoſitum iis, qui à Magiſtratu in poſſeſsionem mittuntur; ne iis vis fiat, quo minus in poſſeſsionem rectè *g* veniant. Quartum eſt de tabulis exhibendis competens omnibus, qui ſibi ſupremâ voluntate quid relictum dicunt, adverſus omnes, penes quos hæ tabulæ *h* ſunt. Quartum eſt de glande. 1. eſt fructibus omnibus, legenda, propoſitum domino, ex cujus agro in alienum glans cecidit, ut eam tertio quoque die legere auferre *i* liceat. Poſtremum eſt interdictum Salvianum, quod datur domino de rebus coloni, quas is in fundum *k* invectas & illatas pignori obſtrinxit, adverſus quoſcunque earum rerum *l* poſſeſſores. In hiſce omnibus, quamvis poſſeſsio nondum nobis quæſita eſt: tamen propter præſtationis æquitatem quodammodò pro noſtra jam habetur, ut ſi non præſtetur, hoc ipſo videatur adimi.

e Aut dolo malo fecit, quo minus poßideat. tit. ff. & C. quor. bonor. §. 3. Inst. de interd. add. Duar. ad tit. C. eod.

f Tit. ff. & C. quod legat. add. Don. add. tit. C.

g Proponitur hoc interdictum in l. 1. & explicatur deinceps. ff. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. hoc interdictū partim retinendæ possessionis est, cum etiam missos prætor tuetur. d. l. 1. §. 1.

h Aut quorum dolo malo factum est, ut esse desinerent. l. 1. & tot. ff. de tab. exhib tit. C. eod. ubi vid. Don. nostrum.

i l. un. de gland. leg. add. leg. qui venenum. 236. §. ult. & ibi Gœd. de V. S.

k l. 1. & d. de interd. Salv. d. §. 3. Inst. de interd. quod si illata non sunt, pignori tamen obligata, utile interdictum redditur d. l. 1. pr. eod.

l Etiam extraneos, d. l. 1. §. 1. sed militer. vid. quæ tradit Don. ad l. 1. C. de prec.

Rerum

Rerum commercio exemptarum usus quidam possessioni similis noster est, ad quem illæ ipsæ res naturâ aut jure comparatæ sunt, sicut libro primo docuimus. Ad hunc usum tuendum prodita quidem est in universum injuriarum *m* actio, si quid manu prohibemur; sed nihilominus & interdicta proposita de loco sacro, de mortuo inferendo, ne quid in loco publico, de fluminibus, de via publica, & plura id genus alia tam ad vim inhibendam, tum ad opus factum restituendum, tum ad reficiendum. De liberis hominibus item interdicta duo: unum de extraneis, ut si liber homo apud aliquem detinetur, liceat *n* cuivis adversus eum experiri, ut eum hominem exhibeat: alterum de liberis nostris, quos in potestate habemus tum exhibendis, tum *o* ducendis. Quorum omnium plenior cognitio peti poterit ex iis titulis, quæ de his extant in Pandectis.

Hinc jam licet intelligere omnia interdicta esse de usurpatione & deminutione possessionis aut quasi possessionis, aut rerum possessioni similium. quæ usurpatio & deminutio si maleficium est, dubitare non oportet, quin obligatio interdictorum ad maleficia tanquam ad causam suam sit † referenda. Duo tantùm ex contractu & negotio gesto originem habent, interdictum de precario, & de *p* migrando. In precario negotium geritur simile *q* commodato. De migrando proponitur inquilino, qui solutâ pensione vult migrare, & id agit, ut res à se in habitationem inductas abducat *r*.

m l. 2. §. si quis in mari. ne quid in loc. pub. l. 13. §. ult. de injur.

n l. 1. & deinceps. de lib. hom. exh. non exhibens litis æstimationem sufferet. l. 3. §. pen. d. tit. At, inquis, quæ hîc litis æstimatio? interesse potest propter operas & ministeria exhibendi. neque probatio requiritur, sed juratur in litem. l. 1. 2. §. pr. de in lit. jur.

o Prius extat in l. 1. pr. de lib. exhib. alterum in l. 3. eod. tit. Hîc quoque in litem juratur. d. l. 2. & §. de in lit. jur.

† *Atque hinc etiam apparet interdicta omnia esse actiones in personam: tametsi in rem scripta sint: id est, sine designatione personæ, ad quam dirigantur, sicut actio Quod metus. causa. Don. ad rub. C. de interd.*

p *Quod in eo differt ab interdicto Salviano, quod interdicto de migrando principaliter prospicitur inquilino, Salviano contrà.*

q *Vid. quæ scripsimus sup. c. 24. & 30.*

r *l. 1. de migrand. quod interdictum ex contractu esse vel ex eo certum est, quod eo nomine etiam actio ex conducto detur. l. 19. §. 2. locat. licet delictum quoque versetur. l. 49. de O. & A.*

CAP.

CAP. LIII.

Quod metus causa: & de concussionibus.

HActenus species ejus generis, quo res alienas invitis dominis ad nos transferimus. Alterum genus superest de eo, quod geritur dominis volentibus, sed malis artibus circumventis. Voluntas hæc efficit, ut id, quod gestum est, summo jure s valeat: sed occursum est à prætore adversus eos, qui per speciem alieni consensus malitiam suam tegere nituntur. Artes istæ tres sunt; metus; concussio; dolus. De eo, quod metus causâ gestum est, extat edictum, quod conceptum fuisse videtur in hanc t ferè sententiam; Quod metus causâ gestum erit, ratum non habebo. Hoc amplius, si quod ex ea causa aberit, arbitrio judicis non restituetur, de eo, quanti ea res erit, in quadruplum intra annum, quo experiundi potestas erit, post annum in simplum causâ cognitâ judicium dabo. Membra hujus edicti duo; causa; & auxilium. Causa hæc, si quid metus causâ gestum erit. Duo hic spectanda; gestum; gerendi modus. Trifariam cum alio quid gerimus; si quid alienemus, quod in eum conferatur; si cum debitor noster esset, eum liberemus; si quid ei promittamus, quo u obligemur. Horum quidquid metu coacti fecimus, ad auxilium hujus edicti pertinet: si modo ei, qui gessit, eo nomine quid x aberit. Gerendi modus hic, ut metu coactus quis gesserit in quo quinque consideranda; metus; metus justus; illatus ab alio; illatus injuriâ; ex eo quid gestum. Metus est futuri aut instantis periculi causâ mentis y trepidatio. Justus metus est timor majoris mali, qui meritò in hominem constantissimum z cadat. Hunc metum duæ res efficiunt; mors, cui similia sunt, ser-

s l. 21. §. pen. & ult. ff. hoc tit. quod met. caus. l. 5. C. de inut. stip. vid. omninò Pac. 2. qu. 67.

t l. 1. junct. l. 9. §. ult. l. 14. §. 1. ff. l. 4. C. eod.

u Hi modi notantur in d. l. 9. §. 3. eod.

x Natura n. quod metus causâ actionis damnum exigit. l. 12. in fin. d. l. 14. pr. eod. Hinc verus debitor solvere coactus hoc edicto non utetur, sed creditor incidit in pœnam leg. Juliæ & jus crediti amittit. d. l. 12. in fin. & l. seq. eod. Idem est, si cum exceptione perpetua adversus te tutus essem, coëgerim te acceptum ferre. d. l. 14.

y l. 1. Hoc tit. ad eundem ferè modum definitur à Cic. 4. Tusc. Arist. 3. eth. 6. & 2. Reth. 5. ac metum quidem præsentem esse oportet, periculum verò præsens esse non est necesse.

z l. 7. in fin. l. 5. & 6. eod. vania. timoris nulla excusatio. d. l. 6. l. 17. pr. de re jud. exemp. in l. d. l. 7. ff. l. 8. & 9. C. eod.

vitus,

vitus, deportatio, ſtuprum; & cruciatus corporis, ut verbera, carcer *a*, vincula. Ut alius metum inferre intelligatur duabus in rebus eſt poſitum; in voluntate periculi inferendi & *b* comminatione; deinde & in facultate. proindeque infamiæ metus hoc edicto non *c* continetur. Injuriâ item metum illatum eſſe oportet & malo more: nam qui ſuo jure utitur, non poteſt dici *d* deliquiſſe. Poſtremò geſtum quid eſſe debet ejus metus causâ: Ideoque ſi quis geſſerit quid, puta promiſerit metu compulſus, deinde ſine novo metu ſolvat, non reſtituetur: nempe quia ſponte ſolvendo novo conſenſu obligationem *e* confirmaſſe videtur. Hinc jam intelligitur neque vim ſine geſto, neque geſtum ſine vi ad hoc edictum pertinere *f*.

Auxilium hujus edicti *g* duplex; reſtitutio in integrum; item nova actio hujus edicti propria. Reſtitutio eſt amiſſæ cauſæ & rei, ſeu veteris juris & actionis *h* redintegratio. Ut autem eſt cauſa, ita & reſtitutio. Igitur ei, qui rem ſuam metu coactus alienavit, reſciſsâ alienatione actio in rem, qui debitorem liberavit, reſciſsâ liberatione actio in perſonam *i* reſtituitur: ei autem, qui metu quid promiſit *k*, exceptio hoc edicto prodita, Quod metus causâ. Tantùm inter actiones veteres & reſtitutas hoc intereſt, quod illæ directæ, hæ utiles ſint, & ex reſtitutione dentur, cui impetrandæ *l* quadriennium præſtitutum eſt: quibus & hoc accedit, quod ſi quid viciſſim metum paſſus acceperit, puta re venditâ pretium, id reſtituere *m* cogatur. Nova actio de eo, quod metus causâ, una eſt in perſonam adverſus eos, qui metum intulerunt, ac

a l.3. in fin. l.4. l.7. l.8. §.pen. & ult. l.pen. ff. eod. ſive hæc in ſe quis metuit, ſive in liberis ſuis. d.l.8.§. ult.
b Quæ propter ſi nulla minæ præceſſerint, quamtumlibet is, qui geſſit, dignitatem adverſarii metuerit, ratum manet, quod geſtum eſt. l. 6.C.eod.
c l.7.pr.eod. nec n. alienâ operâ & conviciis, ſed ſuo quiſque facto infamis efficitur.
d l.3. §.1. l. ſi mulier. 21. pr. ff. eod.
e l.2. & 4. C.eod. quippe cum licuerit non ſolvere. l. 9.§.3.ff.eod. nec obſtat. l. 7.de cond. ob turp.cauſ. diſtinguendum n. eſt inter hanc actionẽ, & illam condictionem.

Cuiac. ad d. l.9.§.3. *f l.6.& 10. C.eod. vim a. accipere debemus non ereptivam aut expulſivam, non quâ turbatur aut inquietatur poſſeſsio, quæ vis quibus actionibus & interdictis vindicetur, ſuprà eſt expoſitum: ſed compulſivam. genera notata ab Accurſ. in l.13. hoc tit. itaque qui vi compulſus poſſeſsionem tradidit, non interdicto unde vi, ſed hac actione experiri debet. l.5.ff. unde vi.* *g At alterutro experiri, qui metum paſſus eſt, poteſt. l.21. §. ult. hoc tit.* *h l.2.C. in qu. ca. in int. reſt. cui conſequens reſtitutam actionem non quadruplum perſequi, ſed id tantùm, quod olim debebatur. Duar. hîc c.1.* *i d.l.9.§.4. l.3. C. eod.* *k d.l.9.§.3. tot. tit. ff de dol. & met. exc.* *l l.21.§. ult. ff. hoc tit. junct. l. ult. C. de temp. in int. reſt.* *m l.3. & 4.C.h.tit. quamvis reſciſsâ alienatione rem ſuam vindicet.*

proinde

proinde ex *n* maleficio obligati ſunt. Datur hæc actio, ut quod per metum abeſt vim paſſo, id *o* reſtituatur. Reſtitutio ita eſt, ut eſt res amiſſa. Re traditâ jubetur reus eam reſtituere una cum fructibus & omni *p* cauſa, & ſimul repromittere de dolo, ne fortè deterior res facta ſit. Obligatione extinctâ jubetur eam rurſus in ſe *q* ſuſcipere aut ſolvere. Obligatus per metum acceptilatione liberandus eſt *r*.

Sed quæcunq; hîc reſtitutio eſt, ea pendet ex arbitrio judicis: unde hæc actio *s* arbitraria. Si reſtituere juſſus arbitrio paret abſolvitur, ſi non paret, quadruplatur id omne, quod reſtitui oportet, quæ condemnatio eſt hujus actionis *t* propria. ſic tamen, ut in hoc quadruplo & *u* ſimplum inſit. Verùm hoc intra annum tantùm, ex quo experiundi poteſtas erit: poſt annum actio in ſimplum *x* datur, causâ cognitâ, ſi alia actio non *y* erit. De perſonis ita jus eſt, ut detur omnibus, qui metu quid amiſerunt. Illud ſingulare, quod detur nō tantùm adverſus eum, qui metū ab initio intulit, ſed adverſus omnes, qui rem metu extortam *z* poſſident, dum non reſtituentes metum illatum cōtra bonos mores comprobant. Cæterùm is, qui metum intulit, ſemper tenetur, etſi res caſu † perierit: is autem, ad quem quid ex eo metu bonâ fide pervenit, ſi priùs quam cognoſceret rem metu ablatam eſſe ea ſine dolo ejus perierit, non *a* item. Adhæc & publicis judiciis vis coërcetur *b*.

Concuſſio eſt, cum metu poteſtatis publicæ noſtræ aut alienæ aut judicii futuri illicitè injecto metu ali-

n Quod facinus appellatur in l. 14. §. quid ſi homo. 11. eod. *o d. l. 9. §. ult. l. 12. §. ult. d l. 14. pr & §. 1. eod.* *p d. l. 9. §. ex hoc edicto. d. l. 12. & d. l. 14. §. 1.* *q Simul fidejuſſores & pignora in eandem cauſam reſtituere. d. l. 9. §. ex hoc edicto. l. 10. eod. idemque eſt, ſi fidejuſſor ſit liberatus d. l. 9. §. ult.* *r d. l. 9. §. 3. & d §. ex hoc edicto. juxta formam præſcriptam in §. 1. & 2. Inſt. quib. mod. tol. obl.* *s d. l. 14. §. 4. §. præterea. 31. Inſt. de act.* *t d. l. 14. §. 1. & 4. & §. quadruplatur. 7. eod. §. item actio. 27. Inſt. d. tit. [illegible]od ſi res periit intra tempora judicati ſine culpa ejus, qui vim intulit & condemnatus eſt, tripli pœna ſufficit. d. l. 14. §. quod ſi add. Duar. c. 4. h. Tyclam. 7 memb. ecl. 1.* *u d. l. 14. §. quatenus 10. d. §. item actio. Inſt. de act.* *x Quanti res eſt jurejurando actoris æſtimata. l. arbitrio. 18. de dol.* *y d. l. 14. §. 1. & 2. l. 4. C. eod. & tunc perpetua eſt.* *z l. 9. §. ult. d. l. 14. §. 3. exemp. in d. §. 3. & l. 3. C. eod. l. 10. ff. eod. eſt n. hæc actio ſcripta in rem, id eſt, indefinitè de eo, quod metu geſtum eſt, concepta ſine deſignatione perſonæ, ad quam dirigatur. d. §. ult. l. 9. errant a. qui actiones in rem ſcriptas exiſtimant non eſſe perſonales.* *† l. 1. C. eod. nempe ideo. quia perpetuo moram facere intelligitur. l. ult. de cond. furt. mora a: perpetuat obligationem. l. 91. §. 3. de V. O.* *a d. l. 14. § aliquando. 5. nec quidquam huic obſtat. quo minus rem per longi temporis poſſeſſionem acquirat. l. 3. C. eod.* *b Legib. Iuliis de vi publ. & priv. l. 12. in fin. ff. eod.*

quid *c* extorquemus: veluti si magistratus aut privatus simulato jussu magistratus illicitè quid imperat, aut exigit, sub specie forte tributorum. & is, cui imperatur aliquid det, ut se eo metu *d* liberet. Non omnis igitur metus hûc pertinet, sed minor ille & mollior, cum quid extorquetur solo metu potestatis publicæ: ideoq; nec actione quod metus causâ, quæ vim *e* atrocem desiderat, vindicatur. Sed tamen, quia fœdum & minimè ferendum in magistratu, ut is obtentu potestatis à civibus aut sociis illicitè quid exprimat, ideo & concussio cōstitutionibus vindicata est. Actio hîc aut civilis; aut criminalis. Civilis in factum est, ut quæ per concussionem amissa sunt *f*, restituantur. Criminalis duplex; nam & extra ordinem concussio omnis coërcetur; & interdum incidit in leges publicorum judiciorum. Publica judicia hæc duo; lex Julia *g* repetundarum in magistratu; in privatis lex Cornelia de falsis *h*.

c l. 1. de concuss. vid. Dambhoud. prax. crim. c. 129.

d l. illicitas. 6. §. illicita. & §. ne tenuis. de off. præs. aliud exempl. in l. 3. de cond. ob turp. ca. exempla in privato jussum magistratus simulante aut metum publicæ potestatis inferente [illegible] d. l. 1. & 2. de concuss.

e Atque ubique à concussione distinguitur l. un. C. ex del. def. l. ult. C. de mod. mul.

f d. l. 1. ff. de concuss.

g l. 1. l. 3. l. 6. ff. ad leg. Iul. repetund.

h l. 2. de concuss. junct. l. 1. ff. ad l. Corn. de fals.

CAP. LIV.

De dolo malo. ubi & de his, quæ in fraudem creditorum aut patroni alienata sunt.

ETiam quæ dolo malo facta sunt, legibus *i* vindicātur: tametsi is, qui deceptus est, maximè voluerit id facere, quod fecit, sed priùs dolo inductus. In eam rem duo sunt actionum genera: unum adversus eum, qui decepit: alterum adversus omnes, qui quid ex alieno dolo acceperunt. Prioris generis est actio famosa de dolo, constituta eâ parte edicti, quæ est de dolo *k* malo. Edictum in hæc verba aut his similia cōceptum fuit; Quæ dolo *l* malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & justa causa esse videbitur, de

i Nam non minus fraus, quam vis injustitia species est, & pariter reprehendenda. Cic. 1. offic.

k Tit. ff. & C. de dolo malo.

l Quod prætor distinctionis causâ adjecit & per diastolen: nam & dolus quidam bonus est, qui solertia & industria appellatur. l. 1. §. 3. ff. eod. qua fraus & malæ artes repelluntur. Ovid. 2. de art. Fraus est concessa repellere fraudem. vid. plura apud Don. Encycl. lib. 15. c. 40. lit. C.

tegrum *y* restitutio; exceptio *z*: si sit aliud vel adversus alium, quam qui decepit, si modò is alius solvendo † sit: si quod remedium aliquando fuit, deceptus suo facto & negligentiâ amisit, nisi & in amittendo eo dolum *a* passus est. Quarta conditio adjecta est, si justa causa esse videbitur. Justa causa, ob quam hanc actionem dari non placet, duplex; una ex re petita, ut ne detur ob modicam summam, id est *b*, duos aureos; altera ex personis, ut ne detur liberis adversus parentes, libertis adversus patronos, humili adversus dignitate præcellentem, neque vili adversus hominem vitæ emendatioris: verùm in horum personis in factum verbis temperetur, ut bonæ fidei mentio fiat *c*.

Hactenus causa, ex qua actio de dolo, quam quærimus. Actio in personam adversus eum, qui nobis obligatus est ex delicto, eoque non levi, dolo videlicet. Quærendum porro de effectu, quid persequatur, tum de personis, inter quas constituta, postremò & de tempore ei præfinito. Petitio hæc, ut quod dolo amissum est *d*, restituatur cum omni causa *e*: alioqui id omne, quod actoris interest, ipsius jurejurando æstimandum in condemnationem venit. Datur hæc actio ei, cujus interest dolum admissum non esse, adversus *f* eum, cujus dolo malo aliquid factum est: Tenentur tamen & heredes, quatenus ad eos pervenit: item domini, qui ex dolo administratorum aliquid consecuti *g* sunt. Finitur biennio *h* continuo, ex quo dolus admissus erit: usque adeò, ut nec ejus temporis metas lis jam contestata excedat. quod singulari jure contra communes *i* regulas ob gravitatem judicii introductum est. Post biennium dabitur *k* nihilominus, sed in id tantùm, quod ad reos pervenisse probabitur: ita enim jus olim fuit post annum utilem, intra quem hæc actio erat constituta.

y l.1. §.6. l. antep. h. tit. l. pen §.1. de in int. rest.
† l.3.4. eod: exemp in l.5. l.7. §. pen. eod.
z d.l.1. §.4: l.7. pr. h. tit.
a d.l.1. §.6. & pen. l.4. C. de transact.
b d. l.9. §. ult. & l. seq. neque tamen minùs modicum farciendum: sed dabitur actio in factum detractâ doli mentione.
c l. 11. eod: quod & ad Vasallos trahunt.
d Arbitrio & jussu judicis. est n & hæc actio arbitraria. l.18. eod.
e Simon paret. d.l.18. pr. & §.1. sicut fit in omnibus actionibus, in quibus quid restituitur arbitrio judicis: l.2. § 1. l.5. de in lit. jur.
f l.15 §. ult. & ll. 2. seqq: eod: non contra tertium: ut actio Quod met. ca.
g l. in heredes. 26. d.l.15. pr. & §.1. eod.
h Olim anno utili. l. ult. C. hoc tit.
i Quibus traditur, actiones temporales litis contestatione perpetuari. l. ult. de fidejus. tut. in fin. h. tit. sed in factum. VVes. par. h. tit. n.8. Duar. eod. c. 1.
k l. 28.

Posterioris generis actiones sunt duæ, Pauliana, & Faviana seu Calvisiana. Pauliana datur creditoribus, ad revocanda ea, quæ in fraudẽ eorum *l* alienata sunt: nec interest, bona à creditoribus possessa sint, an non *m* sint: dum is, qui accepit, fraudis fuerit particeps. Sed etsi fraudis *n* particeps non fuerit, nihilominùs hac actione in factum tenebitur, ut *o* lucrum ei extorqueatur. Datur hæc actio intra annum, quo primùm de ea re experiundi *p* potestas erit, ut res in fraudem alienata restituatur cum sua scilicet *q* causa. post annum de eo, quod ad eum *r* pervenit, adversus quem actio movetur. Faviana & Calvisiana est de iis, quæ alienata sunt à liberto in fraudem *s* patroni: daturque patrono etiam in eum, qui fraudis conscius non fuit: & in perpetuum *t* competit. Cætera ferè cum actione Pauliana sunt communia. Ambæ actiones in *u* personam ex eadem causa, nimirum ex obligatione. Obligatio ex maleficio ejus, cum quo agitur. Nam & qui ab initio dolo caret, non potest salvâ honestate rem, quam posteà cognovit in fraudem creditorum aut patroni alienatam esse, aut lucri sui causâ, aut adversus patronum fraudatum retinere.

l Tit. ff. de his quæ in fraud. cred. §. 6. Inst. de act. l. 38. §. 4. de usur. *m Ut intelligere est ex l. 15. & 17. §. 1. d. tit. quæ in fraud. cred.* *n l. 6. §. hoc edictum. 7. l. 9. d. tit.* *o d. l. 6 § simili. 11. l. 5. C. de rev. his quæ in fraud. cred.* *p l. 1. d. l. 6. in fin. l. ait. 10. ff. eod. qui annus computatur ex die venditionis bonorum. d. l. 10. §. annus. 18.* *q d. l. 10. §. per hanc actionem. & seqq. fructus tamen percepti post alienationem ante judicium inchoatum, in restitutionem non veniunt: quia in bonis non fuerunt. l. ult. §. 4. eod.* *r d l. 10. §. pen. quo sensu etiam accipi debet, quod adjicitur in extremo d. l. hanc actionem etiam in heredem dari. arg. l seq. eod.* *s l. 1. & tot tit. ff. si quid in fraud. patr.* *t d. l. 1. §. dolum. l. 3. §. 1. eod. tit.* *u De Faviana hoc disertè scriptum est in d. l. 1. §. hæc actio. 26 d. tit. In Inst. tamen §. 6. de act. Pauliana exponitur inter prætorias in rem, & subjicitur rescissoria: sed hoc fit propter similitudinem, quam cum illa habet. Mynš. ad. d. §. 6. n. 12.*

CAP. LV.

De obligationibus, quæ quasi ex maleficio nascuntur.

VEntum est tandem ad quartam & ultimam obligationum causam, quasi maleficium. Quasi maleficium, est omne factum, quo non rectè quis deliquisse dici potest, sed tamen maleficio est proximum. Horum factorum duo genera. Unum, cum quis ex propria sua persona convenitur. quod dupliciter accidit:

cidit: uno modo, cum quis facto suo jam nocuit: quod accidit, cum judex per imprudentiam malè judicando litem suam x facit: de quo explicatum est cap. 46. Altero modo, cum nondum factum nocuit, sed ita comparatum est, ut, nisi maturè obviam eatur, nocere publicè possit: cujusmodi est, si quis in eo loco positum quid habeat, quà vulgò iter fieri solet, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit. Hinc actio popularis in 10 aureos, adversus eum, qui ita positum y habet. Sin autem ceciderit, est actio adversus eum, qui posuit de damno. Alterum facti genus est, cum quis tenetur ex persona alterius. Hujus generis species item duæ. Una est, si quid dejectum effusumvè sit, ita ut alicui noceret, quo nomine constituta est actio z in duplum, quantum damni datum est, adversus eum, qui in eo cœnaculo † habitat, unde is casus prodiit. Ob hominem verò liberum occisum 50 a aureorum pœna constituta est. Sin vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum æquum judici videbitur actio datur. Judex autem viventis adhuc operas & impensas in curando factas b æstimabit. Altera species est de damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est. Ex hac causa duæ sunt actiones; una ex c contractu, de restitutione eorum, quæ nautæ, caupones, stabularii salva fore receperunt: ex qua eadem causa & d civili actione ex locato aut conducto, aut depositi agi potest. Altera ex e quasi maleficio, si damnum datum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii f utuntur. Hæc actio in factum in du-

x l.5.§. si judex. de O. & A. Inst. de obl. quæ ex quasi del. nasc. pr.

y l.5.§ prætor. 6. & ult. de his qui dej. vel eff. §. 1. Inst. hoc tit: vers. cui similis.

z l. 1. pr. de his qui dejec. d. §. 1. Inst. d. tit. quam pœnam induxit publica utilitas: cum publicè intersit sine metu & periculo per itinera commeari. d. l. 1. §. 1.

† Non in dominum: quia penes habitantem culpa est. d l. 1. §. 4. huic actioni consuletur actioni in factum adversus dejectorem. l. 5. §. 4. eod.

a Hoc ideo, quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest. d. l. 1. §. 5. atque in hanc etiam summam actio est popularis. d. l. 5. §. 5. b Hæc in l. ult. ff. d. tit. c De qua l. 1. & tot. tit. naut. caup stab. usque ad l. pen. §. ult. d Neque tamen idcirco otiosa est actio honoraria: nam hæc etiam tunc locum habet, cum res perit sine culpa ejus, qui recepit, modò ne fato l. 3. §. d. tit. cur. a. hic actio gravior, quam in cæteros constituta sit, rationem reddit Vlp. in l. 1. §. 1 eod. e Culpa n. nonnulla est malorum hominum ministerio uti. l. ult. pr. & §. 4. ff. d. tit. §. ult. Inst hoc tit. f d. §. ult. l. pen. & d. l. ult. eod. quod si furtum factum sit à viatoribus aut vectoribus, quorum opera caupones, nautæ non utuntur actio hæc. quæ pœnalis est ex q. delicto locum non habebit: sed superior illa ex contractu duntaxat. l. 1. §. ult. l. 2. & 3. pr. d. tit.

plum est: & quamvis honoraria sit, perpetua tamen est. In heredem tamen non datur *g*.

g d.l.ult.§.1. & ult. d. §. ult. Inst. hic.

CAP. LVI.

Qui ex alterius persona actionem habeant.

EXposita sunt quatuor ista factorum sive causarum genera, ex quibus jure civili nascitur obligatio. Extra has causas debitor quærendus non est, qui quidem ex persona sua obstringatur. At ex aliena persona potest quis etiam extra eas causas actionem habere: potest & quis ex alterius persona & facto perinde debitor fieri, ac si ex iisdem causis obligatus esset. De quibus jam deinceps videndum: ac primùm de his, qui actionem habeant ex persona creditoris cum ipsis nihil ex prædictis causis à vero debitore debeatur.

Accidit id dupliciter; aut cùm actio alio contrahente aut quid gerente acquiritur; aut cum aliis quæsita, post deinde ad eum transfertur. Ut alio gerente actio nobis rectà acquiratur, tria faciunt. Primum est potestas nostra: Hinc per filiumfa. patri, per servum domino, fructuario, bonæ fidei possessori non dominium solùm, sed & obligatio & in personam actio *h* acquiritur. Secundum persona hæredis, quæ cùm sit eadem cum defuncto, facit, ut quidquid defunctus heredi stipulatur aut cavet, ejus actio aut exceptio acquiratur *i* heredi. Tertium est interdum rerum nostrarum administratio: hinc ex conventione tutoris, curatoris, syndici, procuratoris militis utilis actio pupillo, adolescenti, civitati, militi acquiritur †.

h Inst. per quas pers. obl. nob. acq.

i Quamvis defuncto nunquam ante quæsita. l. un. C. ut. act. ab her.

† De his, sicut & de superioribus, dictum est sup. c. 8.

Alteri quæsita ex suprascriptis causis actio tribus modis ad nos transfertur; hereditate; cessione; lege. Hereditate susceptâ actiones omnes defuncti paucis exceptis, ad nos transeunt: verùm hunc locum reprehendemus cap. 63. Cessione actio in nos transfertur, cum creditor eam in nos translatam esse vult, &

pro-

propriam nostram *k* fieri. De eo tria quæsitu digna; an semper & omnes actiones cedi possint; quo modo cedantur; cessæ quid transferant, quis earum effectus. De primo hoc certò statuatur, non minus actiones omnes cedi & utiliter in alios *l* transferri posse, etiam *m* invito debitore, quam res cæteras quæ in bonis nostris habentur: nec quidquam naturali æquitati est convenientius. Cæterùm Anastasius unam causam *n* excepit, emptionis videlicet non necessariæ, ex qua ad eam solùm quantitatem cessionem valere voluit, quam pretii soluti & usurarum *o* quantitas efficit. Ceditur actio duobus modis; aut quavis aliâ voluntate creditoris; aut *p* mandato. Uti quisque creditor, qui actionem suo nomine habet, dixerit se eam alii præstare, idque ex justa causa fecerit, ita cessa & translata actio jure intelligitur. Duo nimirum hîc exigimus; voluntatem dantis & accipientis; item justam causam, id est, eam, quæ etiam ad dominium transferendum *q* idonea est. Traditione verò nullâ hic *r* opus. Cæterùm hoc modo *s* utiles duntaxat actiones transeunt. Si quis autem directas habere malit, curare debet, ut sibi actiones mandentur. Mandare actionẽ, est actionem suam alicui exercendam *t* committere, suo quidem nomine, sed ex persona mandantis. vel breviùs sic, Mandare alicui actionem, est eum procuratorem in rem suam *u* facere. Mandatis autem actionibus & directæ suo modo *x* transeunt, & simul utiles.

k Quibus modis ad nos transferri potest.

l l.3. l. 7. 8. & ult. C. de her. vel act. vend.

m d.l.3. l.1. C. de nov. neque hîc ulla fit injuria debitori: nam si nihil debuit cedenti, nec ei quidquam debebit, cui actio cessa est. si debuit, quâ fronte recusabit solutionẽ, quam quomodò primus creditor per eum, cui cessit actionem suam, exigit?

n l. pen. C. mand. quod emtio nominis plerumque litis redemtio, magisq; calumniæ & vexationis emtio est, quam juris. vid. Cujac. 8. obs. 31. & 16. obs. 16.

o Ut id, quod plus est in debito, lucro cedat debitoris. l. ult. C. d. tit. Quod etsi in Gallia locum non habet, ubi is, cui vendita est actio, integrum semper debitum petere potest, teste Imbert. in Enchirid. Gothof. ad d. l. ult. apud nos tamen nihil est usitatiùs.

p Quod igitur ait Hotom. 6. obs. 16. promiscuè has voces usurpari, cedere, mandare, præstare, exhibere transferre actionem, cum aliqua distinctione recipiemus, ut dicamus inter mandare & cætera tantum interesse, quantum inter speciem & genus.

q Puta si nomen vendiderit, si in dotem, in solutum dederit. l. 2. C. de O. & A. l. 6. C. eod. tit. si donaverit, legaverit, pignori dederit, l. pen. C. mand. l. 18. C. de leg. l. 4. C. quæ res pign. l. 7. C. de her. vend.

r Arg. actionis venditæ. l. 3. 7. 8. & ult. C. d. tit. sed nec usum accipientis & cedentis patientiam, quæ in cæteris rebus incorporalibus pro traditione sunt. l. ult. de servit. intervenire necesse est, cum nulla hîc partes sint debitoris, cum quo usus actionis instituitur.

s Arg. dd. ll. & l. traditionibus. 20. C. de pact.

t l. ult. C. si fisc. vel priv. l. 9. C. de proc.

u Quod idem esse cum superiore facile intelligetur ex l. 5. junct. l. 8. C. de her. vend.

x d. l. 18. C. de legat. d. l. ult. C. si fisc.

Directæ quidem y effectu, quatenus quis procurator in rem suam constituitur: nam ut propriæ ejus fiant, cui mandatæ sunt, ratio z juris non patitur. Utilibus autem suo nomine & ex sua persona uti potest †.

Jam de vi & potestate cessionis cognoscamus, quid transferat, quantum accipienti tribuat, quid apud veterem creditorem relinquat. Actiones cessæ ita propriæ accipientis fiunt, ut nec voluntate cedentis revocari possint, nec morte ejus finiantur. De utilibus nulla dubitatio est. Idem tamen & de directis, quæ ex persona mandantis exercentur a, dicendum, præterquam si is sine herede fati munus impleverit: quo casu placet sublatis directis b utiles tantùm competere. Tribuit cessio idem jus accipienti, quod apud creditorem fuit. Id duplex; debitæ pecuniæ exactio; liberandi debitoris c potestas. Is, qui mandatis actionibus utitur, hoc ampliùs etiam d privilegiis mandantis uti potest: modò e voluntaria sit cessio. Nihilnè igitur apud veterem creditorem relinquitur, præter nudum nomen f directarum actionum? Sanè quamdiu res adhuc integra est, potest is à debitore suo debitam quãtitatem exigere, cessamque actionem inhibere: sin autem res integra esse desierit, totum hoc jus in eum, cui actiones cessæ sunt, translatum intelligitur, & vetus creditor, si nihilominus experiatur, quod summo jure ei licet, exceptione doli mali g summovendus est. Res integra esse desinit tribus h casibus; si accipiens litem jam sit contestatus; si aliquid à debitore jam acceperit; postremò solâ scientiâ debitoris, sive is, cui actio cessa est, hoc ei i denunciaverit, sive cessionem aliunde debitor cognoverit k.

y Quamvis n. exerceantur ex persona alterius, atque ita obliquè transeant, omne tamen commodum & incommodum earum ad eũ, cui mandatæ sunt, pertinet.

z Quod ex certis causis, unamquamque actionem unicuiq; constituit.

† l. procuratore. 55. ff. de proc. l. 1. C. de O. & A. d. l. ult. C. de her. vend. l. ult. C. si fisc.

a d. l. procuratore. d. l. 1. C. de O. & A.

b Ut pote sublatâ personâ, cujus nomine directæ exercebantur. d. l. 1. C. de O. & A.

c Etiam pacto, quo casu si vetus creditor agat, placet debitorem exceptione doli tutum fore. l. 16. de pact.

d l. 5. C. de her. vend. exempla à quovis facilè fingi possunt.

e Distinctio sumta ex responso Papin. l. ex pluribus. 42. de adm tut. junct. l. 1. §. nunc tractemus. de tut. & rat. dist.

f Has n. post cessionem retinet. l. 3. C. de novat. l. 3. C. mand.

g Hanc distinctionem suggerit d. l. 3. C. mand.

h Comprehensis in d. l. 3. C. de novat.

i Et probaverit non credenti. Bart. in l. 4. C. quæ res pign.

k Neque enim certiorari debuit, qui non ignoravit. l. 1. in fin. de act. emp. Bart. ad l. 16. de pact, per l. ult. de transact. verbis propter ignorantiam. Consentit Don. noster 15. com. 13. Fachin. 3, cont. 94, diss. acriter Ant. Fab. 12. com. 3.

Lege

Lege actiones transferuntur, sed utiles duntaxat, *l* cum sine ulla cessione ipso jure in alium transeunt. Id receptum in tribus causis. Primùm transfertur isto modo utilis actio tutelæ à pupillo in tutorem adversus reliquos tutores, cum unus ex pluribus tutoribus conventus *l* solvit, nec curavit, ut actiones sibi à pupillo mandarentur. Secundò ex administratione procuratoris in dominum transfertur actio non passim, sed trium harum causarum ex aliqua; si procurator ex re domini obligationem acquisivit; si præsente domino contraxit; si aliter res domino salva esse non *m* potest. Tertiò à domino rem suam alii commodante aut donante & cavente, ut ea alteri restituatur, transfertur ipso jure utilis actio in eum, cui eam restitui *n* cavit. Attigi & hunc locum sup. cap. 8.

l d. l. 1. §. etsi forte 13. de tut. & rat. distr. in quo non tutorum, sed pupillorum rationem habitam esse. argumento est, quod aliud servatur inter plures fidejussores, cum unus solidum simpliciter solvit. l. 11. C. de fidei.

m Vid. l. quod procurator. 68. de proc. l. si procurator. 79. de V. O. l. damni. 18. §. ult. de damn. inf. l. 5. de præt. stipul.

n In quam sententiam scripti sunt præcipuè duo loci. l. pen. C. ad exhib. l. 3. C. de don. quæ sub mod.

CAP. LVII.

Qui ex facto alieno aut alterius persona teneantur.

TAntum de creditore, qui ex alterius persona obligationem habet. De debitore nunc dispiciamus, qui ex facto & persona aliena tenetur. Obligamur aliundè, quam ex superioribus causis dupliciter: aut à rebus nostris; aut ex facto & persona aliena. A rebus nostris, si damnum ab his datum est. Res nostræ aut animatæ sunt; aut inanimatæ. Animata sunt animalia omnia. Horum quædam naturâ suâ nocere non solent; aliorum genitalis est & naturalis feritas. Si *o* animal non ferum contra naturam generis sui motum pauperiem fecit, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit,

o Lex 12. de quadrupede loquitur. l. 1. ff. si quadr. paup. fec. sed & si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, utilis actio competit. l. pen. d. tit.

rit, prodita est lege *p* 12. Tabularum ei, qui ex ea re damnum sensit, adversus dominum animalis actio noxalis de pauperie seu damno dato, ut aut noxiæ æstimationem solvat, aut id animal, quod nocuit, noxæ *q* dedat. Actio legis Aquiliæ de pauperie non datur: quia *r* pauperies est damnum sine injuria facientis datum. In bestiis autem propter naturalem feritatem actio de pauperie locum non habet. Et ideo si ursus fugit, & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desinit dominus esse, ubi fera *s* evasit. Cæterùm sciendum est ædilitio *t* edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgò iter fit: & si adversus ea factum erit, & homo liber ex ea re perierit, in solidos ducentos, si nocitum homini libero esse dicetur, quantum bonum & æquum judici videbitur, tanti dominus *u* condemnatur: cæterarum verò rerum, quantum damnum datum est *x*, dupli. Præter has autem ædilitias actiones & de pauperie *y* utilis locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit *z*.

A rebus inaminatis, ut ab ædibus aut aliis operibus nostris damnum aut præsens est, aut futurum. Si præsens, puta si ædes nostræ in alienum deciderint, placet nos eâdem propemodum lege teneri, quâ tenemur de pauperie; nempe ut aut rudera tollamus damnumque datum sarciamus, aut ædibus totis cedere cogamur. Quod si ultrò cum vicino agemus, ut liceat nobis tollere, quæ ceciderunt, non aliter id nobis permittitur, quã si parati simus omnia auferre, nec solũ de futuro, sed etiam de præterito damno † cavere. Interim huc

p *Est & alia actio ex ead. l. de pastu pecoris, cujus fit mentio in l. 14. §. ult. de præs. verb quæ tunc locũ habet, cum pecus alienum agrũ sine ulla domini culpa depavit, de qua vid. Oldend. class. 6. act. 10. Illud adversus jus commune in omni fere regione invaluit, ut domino pascuorum includere pecus liceat: certè 24 horas.*

q *Quæ summa est hujus actionis relata in pr. Inst. si quad. paup. fec. pluribus exposita in d. l. 1. ff. eod.*

r *d. l. 1. §. 2. d. pr. Inst. eod. sic dicta, quod noxiã nocendo animal dominum pretio suo pauperet. Marc. Freher. 2. parerg. 3.*

s *d. l. 1. §. in bestiis. 10. de pr. Inst. eod. l. 3. 4. 5. ff. de acq. rer. dom.*

t *Verba edicti extant in l. qua vulgò. 42. de æd. edict.* *u* *d. l. qua vulgo. §. 1. Inst. d. tit. ut tamen non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat, sed impensarum, etiam amittendarum. l. 3. si quad. paup.* *x* *d. l. qua vulgo. d. §. 1. Inst. eod.* *y* *d. §. 1. quippe quæ etiam de feris bestiis competit. l. pen. si quad. paup.* *z* *d. §. 1. in fin. l. 2. de priv. del. l. nunquam. 133. de R. I. ita tamen ut unã tantummodò, non omnibus simul experiri liceat. l. plura. 53. de O. & A.* † *Quod pluribus explicatur in l. 7. §. 1. & ult. l. 9. & seq. in pr. de damn. inf.*

semper

ſemper res redit, ut ſi parati ſimus poſt caſum opere cedere, rei noxæ deditione liberemur. Futuro damno cautionibus occurrendum. Occurrendi ratio duplex; una, ut opus, quod nondum factum eſt, inhibeatur, ne fiat; altera, ut ſi opus jam factum eſt, aut prohibere jure non poſſumus, de futuro damno tempeſtivè nobis caveamus. Ad inhibendum futurum opus remedium conſtitutum eſt novi operis nunciatio. Opere facto, ſi inde damnum metuimus, remedium duplex; unum commune, damni infecti ſtipulatio; alterum ſpeciale, actio aquæ pluviæ arcendæ.

CAP. LVIII.

De operis novi nunciatione.

NOvum opus nunciare, eſt faciendum opus inhibere, ſeu nunciare, ne quid novi operis *a* fiat. Uſus nunciationis hic, ut ſi quid novi operis poſt interpoſitam nunciationem factum erit, jure ſive injuriâ, id omnino *b* reſtituatur. Non omnis verò nunciatio utilis. Nonnunquam enim ab initio non valet, interdum ex poſt facto infirmatur. Ut ab initio non valeat, facit aut genus operis, aut omiſſio formæ nunciationi præſtitutæ. Genus operis tale exigitur, ut ſolo conjunctum ſit, cujus ædificatio vel demolitio videtur novum opus continere. Ideoque qui meſſem facit, aut arbores ſuccidit, ad hoc edictum non *c* pertinet. Exigit prætor, ut inſtituatur opus novum. Opus novum facere videtur, qui aut ædificando aut detrahendo aliquid priſtinam faciem operis mutat. Idcirco ſi quis ædificium vetus fulciat, huic nunciatio non *d* nocebit. Sed & quædam opera ex eo genere prætor excepit, in quibus contemnendam putavit operis novi nunciationem, veluti ſi quis rivos vel cloacas velit reficere vel purgare: & generaliter ea om-

a l. prætor. 20. pr. & §. deinde. hoc tit. de op nov. nunc.

b l. 1. pr. d. l. 20. §. 1. & 3. l. 21. §. 1 eod. Unde nunciationem rectè comparabimus appellationi: nam quemadmodum appellatione interpoſitâ nihil innovandũ eſt. l. un. nih. inn. app. pend. ita & quieſcere debet is, cui nunciatũ eſt. Duar. h. tit. c. 1.

c d. l. 1. §. hoc autem. 12. interpretatio ſumta ex eo, quod opus factum omnimodò jubetur reſtitui. d. l. 20. pr. quod cum non præcisè jubeatur in interdicto, Quod vi aut clam, aliter veteres id interpretati ſunt. l. 7. §. 5. junct. l. 15. §. 5. quod vi aut clam.

d d. l. 1. §. opus. 11. junct. §. ſi quis. 13. eod. h. tit.

nia, quorum dilatio periculum aliquod allatura est *e*.

Forma nunciationis quinque hæc complectitur; personam nunciantis; ejus, cui nunciatur; nunciandi locum; tempus; modum. Jus nunciandi habent omnes, quibus justa est nunciandi causa: etsi falsò id *f* existiment. Causa hæc aut naturalis est; aut publica; aut *g* impositia. Naturalis, cum quid ædificatur in nostro. Hic omnes jus nunciandi habent, ad quos ea res *h* pertinet, dominus, & qui pro dominis habentur, emphyteuta, superficiarius, tum tutor & curator: item damni depellendi causâ *i* vicinus. Publicam causam habent omnes cives, si quid nociturũ in publico quis moliatur, aut contra *k* leges. Impositia causa est, cum quis, posteaquam servitutẽ ædibus suis imposuit, contra servitutem *l* fecit. In summa nunciatio fit aut juris nostri conservandi, aut damni depellendi, aut publici juris tuendi *m* gratiâ. Nec verò nostro nomine tantùm, sed etiam alieno, puta procuratorio, nunciationẽ fieri posse *n* constat. De iis, quibus nunciari potest, hæc est veterũ definitio; Non solùm domino, verùm etiã iis, qui nomine domini vel operis sunt in eo loco, ubi opus fit, rectè nunciari *o* posse. Locus nunciãdi unus duntaxat, in quo *p* opus fit. Tempus quodvis idoneũ, etiã dies *q* feriati. Modus denunciãdi triplex; aut per prætorẽ; aut manu & lapilli jactu; aut per nunciationẽ specialiter ita dictam, quæ verbis inter privatos † transigitur, quod postremum à superioribus

e l. 5. §. si quis rivos. 11. & §. seq. eod. add. Gom. ad leg. Tauri 46. n. 37. & Duar. add. l.

f d. l. 1. pr. d. l. 20. §. 1. & 3. non a. si manifestum est nullo jure nunciationẽ fieri. arg. d. l. 1. §. pen. Gail. 1. obs 16.

g Distinctio Pedii in l. 5. §. & bellè, 9. eod.

h d. l. 1. §. pen. junct. l. 3. pr. & §. pen. l. 7. in fin. eod. excipe si quid fiat ab uno ex sociis in solo communi. d. l. 3. §. 3.

i d. l. 1. §. nunciamus 17.

k Iuris vid. publici tuendi gratiâ. d. l. 3. §. ult. junct. d. l. 1. §. nunciatio. 16. & seq.

l d. l. 5. §. & bellè. l. 1. § 3. de remiss. quibus locis etiam eum, cui servitus debetur, novum opus nunciare posse disertè scriptum est. Atqui hoc negatur in l. via. 14. hoc tit. interesse existimo, ipse dominus ædificet, an alius: si alius, semper tenere nunciationem: si dominus, tunc solùm, cum directè facit contra formam impositæ servitutis, ut in servitute altius non tollendi. d. l. 5. §. & bellè secus si per indirectum, ut si ædificet in via. d. l. 14. vid. Ant. Fab. 19. conj. 5. *m d. l. 1. §. nunciatio. & seqq.* *n d. l. 1. §. 3. oblatâ tamen satisdatione rem ratam haberi. d. l. 5. §. qui procuratorio. 18. l. 13. pr. & ult. eod.* *o In rem enim, non in personam fit. l. 10. l. ult. eod. & ideo etiam adversus absentes ignorantesq́ dominos, modò intelligentes, facta valet. l. 1. §. 15. d. l. 10. & seq. eod.* *p d. l. 5. §. 2. & 4. eod.* *q d. l. 1. §. 4. quia non est jurisdictionis contentiosa. l. 2. de fer. & dil.* *† Vid. d. l. 5. §. meminisse. 10. add. l. 16 eod. l. 20. §. 1. quod vi aut clam & Duar. ad d. §. meminisse. Rob. 3. sent. 16. Pet. Greg. 40. syntag. 29. n. 2. apud nos uno fere modo nunciatio fit, per apparitorem aut similes personas publicas.*

cò dif-

cò differt, quòd facientem possessorem constituat *r*.

Nunciatio ab initio rectè facta irrita fit aut remissione; aut mutatione dominii. Remittitur tripliciter; aut conventione privatâ; aut remissione prætoriâ, aut cautione ejus, cui nunciatum est. Conventione privatâ, si nuncians postea *s* pactus sit, ut opus fiat. Prætoria remissio est, cùm prætor aditus nunciationem missam *t* facit. Remissionis hujus causa duplex; recusatio jurisjurandi de calumnia, ob quam causam in totum *u* remittitur; item si illi, qui nunciavit, jus non est *x* prohibere, ex qua causa semper remissio conceditur, quatenus is, cui nunciatum est, jus *y* ædificandi habet.* Cautione præstitâ remissionem ipso jure *z* omnimodò consequimur. Cautio duplex; ei, qui suo nomine opus novum nunciat, satisdandum est; qui alieno, nudâ repromissione † contentus esse jubetur. Porrò ut est propositum & metus nunciantis, ita esse debet satisdatio & repromissio; ut aut caveatur de damno infecto, quæ stipulatio communis est; aut de opere *a* restituendo, quæ propria est hujus loci. Est autem hujusmodi; Stipulanti ei, qui nunciat, is, cui nunciatur, promittit, si judicatum erit opus non jure factum esse, aut res non † defendatur, se *b* heredemque suum, quod operis novi factum erit, boni viri arbitratu restituturum: & de *c* dolo malo subjicitur clausula. Potest & adjici, ut tantum præstetur, quanti nunciantis interest. Sive igitur res judicetur, sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut aut res restituatur, aut quanti ea res erit, tanta pecunia detur, si hoc petitor *d* maluerit. Muta-

r d. l. 5. §. meminisse. l. 1. § in operis. 6. eod. vid. omninò Reb. d. loc.

s d. l. 1. §. inde. 10. ubi iatio. facit l. pen. C. de pact.

t De qua remissione est in l. 8. §. 4. & l. 20. pr. eod.

u l. 5. §. qui opus. 14. eod.

x Vel, quod idē est quando nunciatio non tenet. l. 1. pr. & §. 2. de remiss. quod ex eventu litis cognoscitur. Cæterùm si ab initio inutilis est nunciatio, inutilis quoque est remissio.

y l. 8. §. 4. loc. cit. d. l. 1. de remiss.

bello Duar. in l. 2. h. tit. ubi refellit correctionem Cuiacii 1. obs. 16.

d. l. 1. §. 4.

z Sine exceptione, l. 20. §. 1. & §. deinde. l. 5. §. si is cui. 17. l. 21. pr. & §. 1. eod. sed utilitas hujus cautionis multùm imminuta est à Iustin. in l. un. C. h. tit. qui eam non aliter admittit, quamsi post tres menses is, cui nunciatum est, non docuerit de jure suo. Ex praxi oblatâ satisdatione non continuo in totùm missa fit nunciatio, sed per provisionem tantùm, adhibitâ ante summaria cognitione. † *d. l. 5. §. 17. junct. l. 8. §. 3. eod.* a *l. 1. §. nunciamus. 17. d. l. 21. pr. & §. 1. eod.* b *Hinc morte ejus, cui nunciatum est, non extinguitur nunciatio. d. l. 8. §. ult.* † *Quæ duæ sunt conditiones hujus stipulationis. d. l. 21. §. 2. & 4.* c *Hæ duæ præstationes indicantur in d. l. 21 §. 1. & 2.* d *Sin minus, omnimodo opus restituendum est. d. l. 21. §. 4. & ult. l. 12. eod quippe magistratus hic vertitur auctoritas.*

tione dominii extinguitur nunciatio alienatione & *e* morte nunciantis.

Adversus nunciationem ab initio rectè factum, nec postea remissam aut aliter finitam, si quid operis fiat, id omninò restituendum est. Ad eam restitutionem consequendam propositum est *f* interdictum, quod nihil aliud est, quam actio in factum ejus restitutionis obtinendæ causâ. Competit hoc interdictum ei soli & heredi ejus, qui *g* nunciavit, adversus eum, qui opus fecit, vel factum *h* ratum habuit, non adversum eum, cui nunciatum est, si ipse nihil *i* fecit. In heredem hoc interdictum non datur, nisi in id, quod ad eum pervenit, aut dolo malo fecit, quò minus *k* perveniret. Competit ad hoc, ut opus factum restituatur, non quodvis, sed novum *l*, factum post nunciationem. Restitui autem opus intelligitur, si id, quod extructum est destruatur, detractum in eundem statum reponatur.

e Quia his modis finitur jus prohibendi. l. 1. §. pen. eod. vid. tamen Duar. ibid. & Pet. Greg. 4. synt. 31.

f Quod extat in l. 20. pr. eod.

g d. l. 20 §. hoc interdictum. 6. unde si plures sint domini, omnes nunciare necesse est. l. 5. §. 5. eod.

h d. l. 20. §. adversus. 7.

i Nunciatio n. operis, non personæ est. l. ult. eod. ut tamen, e c. emtor, cui nunciatum non est, non ultra teneatur, quam ut præstet patientiam, id est, patiatur opus destrui sumtibus alienis, quos sumtus is, qui nunciavit, recipiet à venditore actione in factum ex edicto de alien. jud. mut. ca. l. 3. §. 3. ff. d. tit. Pac. 3. quæst. 12.

k d. l. 20. §. planè. 8. semper tamen patientiam destruendi operis adversario præstare debet. l. pen. eod.

l Vid. l. 21. §. 3. eod quia verò probatio ejus rei difficilis est, quando ante nunciationem opus est inchoatum, rectè fecerit nuncians, si adhibuerit cautionem, quam suggerit Paul. in l. 8, §. 1. & §. 5. eod.

CAP. LIX.

De damno infecto.

HUc usque de operis futuri inhibitione. Quod si opus, ex quo damnum metuimus, aut jam factum erit, aut prohibere non possumus, proposita est *m* edicto prætoris stipulatio de damno infecto, remedium commune, quo rebus integris adversus damna futura utimur. Quæstionis hujus quatuor omninò sunt partes; petitio & postulatio ejus cautionis unde sit, & quid contineat; quæ sit & qualis cautio; denegatæ cautionis quæ pœna; admissæ quis effectus. Ad obtinendam hanc cautionem petitio edicto prætoris

m Quod extat in l. 7. explicatur hoc tit. ff. de dam. inf.

est

est constituta, cujus generis postulationē etiam verbo actionis contineri *n* responsum est. Quid contineat ita intelligemus, si priùs, qua de re, cui, adversus quem competat, cognoverimus. Est hæc petitio & stipulatio de damno infecto, id est, nondum facto, quod futurum *o* veremur. de præterito, quod inciderit nulla interpositâ cautione non est *p* constituta. A quacunque autem re aut opere alieno damnum metuitur, petitio locum habet. Proinde sive ædium vitio, sive operis, quod vel in ædibus, vel in loco urbano, aut rustico, privato, publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat prætor, ut metuenti damnum *q* caveatur. Unum genus operis exceptum est, si publicus locus publice reficiatur *r*.

Jus petendæ hujus cautionis habent omnes, quorum in bonis res est, cui damnum metuitur, aut quorum periculo est, quorumve *i* interest: dummodò qui petit sibi caveri, juret se non *t* calumniandi animo id postulare. Cæterum etsi justè damnum metuitur: tamen duplici de causâ stipulatio postulata denegatur; vel quia is, qui petit indignus est, cui ea stipulatio præstetur; vel quia alio pacto ei consuli potest. Indigni duo; qui patitur juxta ædificium suum monumentum fieri, cum jus habeat *u* inhibendi; tum is, qui postulat sibi caveri earum ædium nomine, quarum ipse cavere supersedit, atque ita eas ædes possidere suo jure vicinus *x* jussus est. Sed & qui alia actione damnum sarcire potest, iniquè supervacuâ cautione adversarium *y* onerat: quo in numero sunt *z*, inquilinus, fructuarius, dominus proprietatis †, superficiarius

n l. actionis 37. *de O. & A. ubi per stipulationes prætorias per metonymiam effecti intelligere debemus petitionem ipsarū, actio hac ex obligatione, obligatio ex conditione rei nostræ qua talis est, ut nos damno à se dato oneret, nisi parati simus ea cedere, aut de damno debere integris cavere. d. l. 7. §. 1.*

o l. 2. eod. quod contingere speratur. l. 13. §. ult. eod. id est, expectatur aut existimatur futurum: more græco, ut illud Poëtæ: At sperate Deos, id est, cogitate Deos esse, ut rectè observavit doctissimus Vossius in Inst. Orator.

p Ac ne cogi quidem vicinus potest, ut rudera tollat, modò paratus sit opere vitioso cedere l. 6. d. l. 7. §. ult. l. 8. & seq. hoc tit. q *l. 19. §. ult. l. fluminum. 24. pr. l. damni. 30. pr. l. & fin eod.* r *l. 15. §. si publicus, 10. eod. potest tamen eo nomine adiri princeps aut præses Provinciæ. d. l. 24. pr. vers. quid ergo.* s *l. 13 §. 3. & §. superficiarium. 8. l. 11. l. damni. 18 pr. eod.* t *d. l. 13. §. 3. qui alieno nomine postulat: is insuper & de rato cavere debet. l. inter quos. 39. l. pen. eod.* u *d. l. 13. §. si quis juxta. 7. ubi ratio.* x *d l. 13. §. si quis 11. dictum ex æquitate edicti. Quod quisque juris in al. stat.* y *d l. 18 §. sed quid. 9 l si ædibus. 32. eod.* z *Qui damni nomine actionem habet ex conducto. d. l. 13. § de illo.* † *d. l. 18. §. 2. l. 20. pr. ubi ratio eod.*

ficiarius *a*, emptor, si ante rem traditam sibi caveri postulet, socius item, si ædibus communibus ruinosis vicinas *b* proprias habeat. Hinc quæstio de communi pariete aut demoliendo aut reficiendo, quæ pluribus locis sub hoc argumento & dilucidè à veteribus est explicata †.

Varii hac actione tenentur, prout opus aut jam factum est, aut demum institutum. De opere jam facto omnes tenentur, quorum in bonis ea res est, & eam possident *c* tenentque. De opere, quid instituitur, omnes conveniri possunt, qui hoc moliuntur *d*.

Hæc de petitione. Stipulatio quæ sit & qualis videamus. Prius notum facient hæc tria; res, personæ, dies. Quicunque in suo ædificat, de omni damno futuro, quod ex ædium, loci operisvè vitio metuitur, cavere debet. Qui autem quid molitur in alieno, de soli vitio cavere non *e* cogitur. De personis hoc tenebimus; etiam successores in hanc stipulationem deduci, sive universi juris sive certæ alicujus rei, omnesque, ad quos ea res *f* pertinebit: cujus adjectionis vis hæc, ut promissor hæredesque ejus non teneantur tantùm ex facto suo, sed etiam ex facto eorum, qui in rem *g* successerunt. Præter conditionem illam, si damnum contigerit, etiam dies huic stipulationi inest, intra quem finiatur. Et sipuidem dies conventione contrahentium adjectus erit, res est expedita: sin minùs, in publicis operibus decennium constitutum est, in privatis prætoris arbitrio hoc reservatur, qui tum pro causa periculi tum pro qualitate damni causâ cognitâ hoc *h* moderabitur. Qualitas cautionis pro personis, quæ conveniuntur, variatur. Qui suo nomine convenitur, promittere, qui alieno *i* satisdare jubetur. Suo nomine conve-

a d. l. 18. §. 4. quippe cũ habeat actionem ex emto. enimverò si venditor omne periculum custodiæ trãstulerit in emtorem, cautioni erit locus. l. emtor. 38. pr. d. l. 18. §. 7. & seqq.

b Potest n. socius, quod impendit in refectionem ædium communium, recipere judicio societatis aut comm. dividundo. d. l. 32. eod. excipe tamen casum l. 39. eod.

† l. in parietis 35. & 2. ll. seqq. l. ex damni. 40. §. 1. & seq. eod.

c Quo in numero qui sint, intelligetur ex d. l. 13. pr. & §. 1. l. 9. §. pen. & ult. & 2. ll. seqq. l. 19. eod.

d d. l. 13. §. 1. d. l. 9. §. pen. & ult. l. 20. l. 24. pr. l. damni. 30. pr. eod.

e d. l. 24. pr. junct. l. 18. §. 4. l. 20 l. 30. eod.

f d. l 24. §. 1.

g Nam ut singularis successor, puta emtor, ex hac stipulatione teneatur, jure effici non potest. l. 38. §. alteri l. inter. 83. pr. de V. O. tametsi hoc Bart. & comm. DD. hîc admiserint.

h d. l. 13. §. ult. & 2. ll. seqq. l. 9. pr. eod.

i Verbis ipsius edicti, l. 7. pr. eod.

niri

niri *k* intelliguntur, dominus ædium aut loci, tum bonæ fidei possessor, item is, qui servitutis, quam in alieno habet, reficiendæ causâ aliquid facit, puta viæ aut aquæductus. Alieno, superficiarius; fructuarius; qui ædificat in *l* publico. Quod si de dominio controversia sit, sub *m* exceptione satisdandũ est.

Pœnarũ cautionis denegatæ hic progressus. Primò mittitur is, cui non cavetur, in possessionem ejus rei, cujus nomine cautionem *n* postulat. Si plures postulent, omnes æqualiter mittuntur: nec ordo quidem postulantium *o* spectatur. Finis missionis est, ut tandem tædio diuturnæ custodiæ extorqueatur vicino *p* cautio. Effectus hîc, non ut missus veram possessionem consequatur, sed detentionem tantùm & rei *q* custodiam. Si nihil proficietur missione in possessionem, decretum à prætore interponitur, quod secundum veteres appellant, isque, cui non cavetur, etiam *r* possidere jubetur: non equidem statim, sed tunc demum, cum justa causa esse videbitur. Ergo † intervallũ aliquod debebit intercedere, quo aut pro derelicto ædes longo silentio dominus videatur habuisse, aut misso in possessionem & aliquamdiu immorato nemo *s* caveat. Ei, qui aberit, priùs domum *t* denunciandum est. Qui autem jussus est possidere, eo ipso & dominus constituitur, si dominus fuit, qui cavere detrectavit: sin minùs, possessio tantùm *u* trans-

k d.l.13.§.1. l. damni 30. pr. eod.
l d.l 9.§. pen.& ult. l. 10. l. 20. l. 24. pr. eod.
m d.l. 7. pr. l. qui vias. 31. §. 1. eod. exceptio ita concipitur, Si reus, cujus nomine fidejussores spondẽt, dominus rei non sit. l. 22. §. ult. eod.
n d.l.7. d.l. 13. §. ex hoc edicto. 12. l. 40. eod.
o Utique tamen si priores parati sint satisdare, posteriores non admittuntur. d.l. 13. §. si plures, & §. cum a. 18. d. l. 4. §. ult.
p l. 5. ut in poss. legat.
q Ut accidit in omnibus causis, ex quibus fit missio. d. l. 5. pr. l. 3. §. ult. ff. de acq. poss. neque n. statim ob contumaciam possessio, cujus tanta sunt commoda, auferenda est. Menoch. ret. poss. rem. 3. n. 172. & seqq.
r Ut verba sunt edicti. d. l. 7. pr.
† Quod non abs re jus dicenti definiendum DD. relinquunt. Men. 2. arbi. cas. 6. n. 23.
s d. l. 15. §. non a. 21. præterquam si dominus reip. causâ absuerit, vel si minor sit. l. 21. §. si forte. 22. eod.
t Quod fragmentum edicti extat & explicatur in l. 4 §. 5. eod.
u Quæ distinctio nititur tum collatione sequentium locorum. l. 15. §. Julianus, & seq. § postea quam. 33. l. 5. l. 12. hoc tit. l. 1. de fund. dot. l. 3. §. ult. de acq. poss. l. 5. & 7. § 9. com. divid. tum certissimâ juris ratione: siquidem quibus ex causis usucapiendi conditio transfertur, si dominus non est, à quo res transfertur, ex iisdem causis transfertur dominium, si dominus fuit, §. pen. Inst. per quas pers. l. 74. de cont. emt. Atqui dominium facere legis est, non jurisdictionis prætoriæ. Est solius legis dominium ipso jure sine ullo facto transferre, sed nihil prohibet, quo minus prætor pro consequentiam possessionis translatæ dominium tribuat, diss. variè Cujac. 21. obs. 38. Vand. 1. c. fin. 37. Ant. Fab. 7. conj. 4.

fertur,

fertur, quâ per longum tempus res usucapiatur. Et in universum ita tenendum est; nihil amplius nos ex hac causa consequi, quam consequeremur possessione ex alia justa causa *x* translatâ: usque adeò, ut & salvâ maneat creditori ignaro pignoris persecutio. Posteaquam autem possidere quis jussus est, cautionis oblationi ampliùs non *y* est locus. Postremò si superiora omnia nihil promovebunt, id est, si adversarius neque cavebit, neque patietur actorem in possessione esse ex primo decreto, neque possidere ex secundo, tunc in eum actio in factum datur, ut tantum præstet, quantum præstare eum *z* oporteret, si damni infecti cavisset. Atque his quidem remediis locus est ædibus atque opere adhuc stante. Quid ergò si ruerint? Et placet, si ante cautionem petitam id contigit, nullum vicino superesse *a* remedium, siquidem negligentia ejus arguatur: quod si justo aliquo casu aut impedimento prohibitus sit, quo minùs sibi tempestivè prospiceret, placet hactenus eum actionem habere, ut dominus aut damnum sarciat, aut ædibus *b* cedat. Idem probandum est & si ædes post missionem à prætore impetratam collapsæ fuerint, & petitor venire neglexerit. Enimverò deliberatio prætoris postulanti nocere non debet *c*.

Interpositæ cautionis hujus idem effectus, qui cæterarum stipulationum, quæ sub conditione concipiuntur, nempe ut conditione superiore existente, agere ex ea liceat. Conditio tria hæc complectitur, si damnum contigerit; si contigerit ædium *d*, loci, operisvè vitio; si contigerit intra diem stipulatione comprehensam. Ubi hæ conditiones extiterint, tum ex hac stipulatione actio stipulatori adversus promissorem competit in id, quanti ea res est, seu quanti stipulantis interest, damnum ab opere ruinoso datum non *e* esse ut tamen picturarũ pretiosarum aliorumq;

x d. l. 15. §. si de vectigalibus. l. cum postulassem. 44. §. 1. eod. vid. tamen l. 19. eod.

y d. l. 15. §. posteaquam. 33.

z Quæ penultima edicti clausula est. l. 7. pr. eod. add. d. l. 15. §. ult. l. 17. l. 18 §. si pupillus. & §. pen. eod. At enim pignoribus captis coercere non licet, l. 4. §. 3. eod

a Ne ad id quidem ut damnum sarcire aut ruderibus cedere vicinus cogatur. d. l. 7. in fin. & l. seq. ratio est in d. l. ergo 44.

b d. l. 7. in fin. & 2. ll. seqq.

c Hoc & quod præcedit est in d. l. 15 §. eleganter, & §. pen. d. l. 44.

d Naturale tamẽ vitium loci ad hanc stipulationem non pertinet. l. 24 §. 2. eod.

e d. l. 15. pr. l. 18. § Sabini. junct. in hac. 28. eod. damnum a. non est, si nihil patrimonio deminuitur l. 3. l. 26. in fin. cum 2. ll. seqq. eod.

operum

operum ad voluptatem comparatarum *f* moderata æstimatio fiat. Illud obiter monendum, prætorem duas res magistratibus municipalibus injunxisse, cautionem & missionem in possessionem, cætera jurisdictioni suæ reservasse *g*.

f l. ex damni: 40. pr. eod. uti & in specie l. nam si. 37. eod.

g Hoc ideo: quia res damni infecti celeritatem desiderat, & periculosa actori est dilatio: cætera a. moram pati possunt. l. 1. & l. 4. §. 3. eod.

CAP. LX.

De aqua pluviæ arcendæ actione.

ET superioribus quidē remediis damno futuro occurritur, à quacunque re atque opere id metuatur. Actio aquæ pluviæ *h* arcendæ ad ea opera solum pertinet, quibus aqua pluvia nocere potest. Præterea & hoc à novi operis nunciatione differt, quod hæc actio sit de opere jam facto; illa ad opera nondum facta pertineat. Differt item à stipulatione damni infecti, quod hac actione id agitur, ut & opus restituatur, & simul damnum sarciatur: illa restitutionem operis non continet. In summa hæc actio tunc locum habet, cum opere in fundo privato facto, aqua ob id in agrum alterius derivatur; cui nocet aut nocere potest: constituta, ut id opus restituatur, & quod damni ex eo opere post litem contestatam contigerit, sarciatur. Quæ singula qualia sint, partibus hujus distinctionis explicatis meliùs intelligetur.

In hac igitur summa duæ partes spectantor, eædem nimirum, quæ in cæteris actionibus; causa hujus actionis; tum vis & effectus. Causa quatuor hæc desiderat; aquam pluviam, quæ noceat aut nocitura sit; opus manufactum, quo ea aqua noceat, locum *i* certum, in quo id opus factum sit; denique & locum, cui noceatur. Aqua pluvia est, quæ de cœlo cadit: sed & eam aquam hoc nomine intelligimus; quæ ex pluvia & imbribus incrementum *i* sumit. Exigitur, ut

h Sic dicta, quia id agitur, ut aqua à vicino arceatur, id est, coërceatur & cohibeatur, ne, ut antè, in vicinum agrum influat. l. 2. §. pen. ff. h. tit. de aq. pluv. arc. vid. de hac actione Capoll. c. 5. de serv. rust.

i l. 1. §. 1. & §. in summa. 15. & seq. eod. qui a. ex fonte aut puteo derivatur in vicinum, ad hanc actionem non pertinet: sed eo nomine negatoriâ agendum. l. 9. §. Aristo. si serv. vind.

ut hæc aqua vicinis noceat aut nocere posit: quod ita fit, si aquam ex agro nostro immittamus in vicinum, cum prius in eum non flueret, aut cùm priùs flueret, majorem eam & citatiorem *k* faciamus. Secundum exigit hæc causa, ut aqua pluvia noceat non quovis modo, sed opere † manu facto. Quod si aqua naturaliter ex superiore fundo in inferiorem defluat, ejus excipiendæ servitutem inferior superiori *l* naturâ debet. Opus autem omne manufactum, quo aqua nocere posit, hac actione tenebitur, nisi quæ nominatim excipiantur, de quibus paulò post. Tertiò locum, in quo opus fit, privatum esse oportet: in publico factum ad hanc actionem non *m* pertinet. sed & agrum esse oportet aut prædium rusticum. Quod si aqua ex ædificio urbano noceat vel agro vel ædificio rustico, de fluminibus & stillicidiis *n* agendum est. Postremò non aliter hæc actio competit, quam si aqua pluvia agro seu fundo noceat. Quid ergò si ædificio noceat aut oppido? Hîc iterum generali illâ actione negatoria de stillicidiis & fluminibus utendum erit. Cæterùm non omnia opera in hanc actionem veniunt. Excepta sunt hæc quinque quæ *o* agri colendi causâ aratro facta sunt: quod factum est publicâ *p* auctoritate aquæ emittendæ causâ: quod ab iis factum est, qui primi agros *q* constituerunt: quod opus quis in suo fecit, non quo aquam, quæ in agrum ejus restagnare solet, excluderet, sed quo flumen, torrentem *r* averteret, ne influeret in suum: Postremò in hoc judicium non veniunt ea opera, quæ jure servitutis, lege aut vetustate vicinis agris impositæ, in nostro habemus *s*.

k d.l.1.§.1. §. idem ajunt. 10. & d. §. in summa. Cic. in Top vid. Duar.c.1. h. tit. Cuiac. 27. obs. 24.

† dd. ll. sanè si quod naturaliter factum est, quod in priorem statũ restitui potest sine damno domini. ex æquitate in eũ actio datur, ut id patiatur restitui. l. 2. §. 5. & seqq. eod.

l Sicut n. omnis pinguitudo terræ ad inferiorem agrum decurrit, ita etiàm aquæ incommodum ad eum defluere pati debet, neque hoc cũ superiore commodo pensare. l.1. §. ult. eod.

m l.3.§.pen. l. si in publico. 18. eod.

n d. l.1. §. item sciendum. 17. in fin. quo loco item id, quod sequitur, traditum est.

o d. l. 1. §. 3. & aliquot seqq. secus est, si ea fiant in prato. l. 24. eod.

p l.2. §.3. l.23. eod. reliqua sunt in d. l.23. l.2. §. pen. & ult.

q Posuerunt n. hanc legem rebus suis ab initio imponere.

r Siquidem multum interest, utrum quis aquam ex suo exoneret in alienum, an extrinsecus venientem a[illegible]tat.

s Tria sunt, per quæ inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quæ semper pro lege habetur minuendarum litium causâ. l.2. pr. eod. vetustatem a operis facti intelligemus, cujus non extat memoria. d. l. 2. §. 1.

De

De vi hujus actionis quærenti hæc cognoscenda; quid contineat, cui & adversus quem detur. Continet hæc duo; ut opus factum restituatur; ut sarciatur damnum post actionem *u* institutam. Restitui opus intelligitur, si aqua ita coërcebitur, ut jam nocere non *x* possit. Si ipse dominus opus fecit, suis id ipse sumptibus tenetur restituere; aliàs patientiam duntaxat restituendo præstare *y* cogitur. Quod si nec ipse restituet, nec alium restituentem patietur *z*, condemnandus erit in id, quod actoris † intereft factum id esse, quod fieri debuit. Competit hæc actio soli *a* domino ejus fundi, cui aqua nocere potest: cæterum *b* utilis etiam fructuario accommodatur. Competit adversus eum tantùm, qui fundi, in quo opus factum est *c*, dominus est: verùm & hîc *d* utilem actionem adversus fructuarium dari placuit? Quod autem de fructuario dicimus, id vel magis dicendum est de emphyteuta & *e* domino agri vectigalis. Cum colono, procuratore, tutore interdicto quod vi aut clam experiundum est *f*.

u l. 6. §. officium. eod. de damno, quod ante datum est, quod vi aut clam agendum, de eo, quod post sententiam futurum est, damni infecti caveri oportet, aut ita opus restitui, ut nullum periculum damni superfit. vid. l. 14. §. 2. & seqq.

x l. si ususfructus. 22. §. 1. eod.

y l. 6 §. pen. l. 7. l. 11. cum 2 seqq. eod.

z l. vicinus. 24. § 2. eod.

† Condemnatio communis obligationum faciendi. l. 13. §. ult. de re jud. permittetur[que] litis æstimatio jurejurando actoris. arg. l. 2. & 5. de in lit. jur.

a l. 3. §. pen eod. neque aliter, quam si eo ignorante aut decepto opus factum sit. l. 19. eod.

b l. 22. eod. non item directa, de qua accipienda est d. l. 3. in fin.

c l. 4. §. pen. & ult. l. 18. eod.

d d. l. 22. §. ult.

e Sive utatur ipse hac actione, sive adversus eum agatur. l. 23. §. 1. eod.

f d. l. 4. §. pen. & ult.

CAP. LXI.

De fidejussoribus, mandatoribus, pecuniæ constituta reis: itemque obiter de exercitoria & institoria actione.

ADhuc obligatio fuit ex re nostra. Sequitur ea, quæ ex alterius facto & persona nascitur. Obstringimur hoc modo trifariam; aut alienæ obligationi accedendo, aut rem pignori obligatam possidendo; aut solâ conditione personæ. In primo genere aut voluntas aperta id facit, aut tacita. Voluntate apertâ

pro aliis obligamur, cum alienam obligationem ita in nos suscipimus, ut ei accedamus, manente principali obligato. Accessiones hujus generis sunt *g* tres fidejussores; mandatores; pecuniæ constitutæ rei. Fidejussor est, qui, quod alius debet, fide suâ esse jubet, interposita *h* stipulatione. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ *i* personæ. Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo *k* pacto. Hi omnes partim ex sua persona, partim ex aliena obligantur. Ex sua persona, quatenus consensum eorum spectamus, de quo supra suo ordine dictum est. Ex aliena, quâ parte obligationi alienæ accedunt: in quo nonnulla sunt singularia, de quibus separatim cognoscendum. Spectantur verò hæc aut in initio obligationis, aut in solutione, aut in executione. Initio leges duæ: una, ut omni obligationi sive civili sive naturali *l* accedere possint: altera, ne in duriorem causam *m* obligentur, quam rei principales. In solutione, ut liberatò principali debitore *n* solvantur & accessiones: nam quod etiam ex sua persona solvendo liberentur, id commune est cum cæteris creditoribus. De proprio autem illo genere liberationis dicetur iterum infrà cap. ult. In executione duo iis beneficia indulta. Unum *o* ordinis, ut reus principalis priùs conveniatur, nec antè perveniatur ad accessiones, quam si suum creditor à debitore *p* consequi non possit. Id duobus casibus accidit; si vel absit reus; vel non sit solvendo. Priore tamen casu fidejussori

g Quæ eodem ferè jure omnes habentur, conjunguntur que in l. ult. C. de const. pec. Nov. 4. de fidejuss.

h Inst. de fidejuss. in pr. l. 12. C. eod.

i Quod fit nudo consensu. Etiam hoc inter mandatorem & fidejussorem interest, quod mandator semper obligationē principalem præcedit, fidejussor & præcedere & sequi potest. §. 3. Inst. de fidejuss.

k §. de constituta. Inst. de act. vid. sup. c. 22.

l Cæterùm aliquam præcedere oportet. vid. §. 1. Inst. de fid. l. 1. 2. l. 8. §. 1. & sequ. ff. eod. l. 1. §. pen. & ult. de pec. const. l. si mandatu. 45. mand.

m Ne plus sit in accessione, quam in principali re. §. 5. Inst. l. 8. § illud. ff. de fidejuss. quo minus a. arctius obstringantur, puta pro debito naturali civiliter, nihil prohibet. Quæsitum an in ampliorem summam acceptus teneatur saltem pro ea parte, quam reus principalis debet? in quod proclivior sum. arg. l. 11. §. 1. & l seq. de pec. const. l. 22. C. de fidejus. l. 1. §. 4. de V. O. Igitur quod dicitur in d. l. 8. §. illud. eum omnino non obligari, interpretabimur, non in in solidum, sive non omninò, cum Bar. Mynsing. ad d. §. 5. Bronchorst. 4. ass. 53. diss Gœd. de cont. stip. c. 4. n. 74.

n l. in omnibus speciebus. 43. de O. & A.

o Quod & excussionis dicitur. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit. vid. de hoc beneficio Gomez. 2. v. f. 13. n. 14.

p Beneficium humanitatis causâ fidejussoribus datum à Iustin Nov. 4. c. 1. unde Auth. præsente. C. de fidejuss. contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem. l. 3. l. 5. C. d. tit.

posu-

poſtulanti ſpacium temporis judex largitur, intra quòd reus evocatus adſit: eo elapſo lis adverſus fidejuſſorem peragitur. Poſteriore caſu, ſi reus præſens ſit, aut evocatus venerit, tum ſi is ſolvendo non erit, fidejuſſor rectè convenitur. Verùm cum de eo priùs conſtare debeat, reus ipſe primò conveniendus & condemnandus eſt, deinde facultates ejus ex cauſa judicati diſcutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda *q* ſunt. Alterum beneficium inter plures fidejuſſores epiſtolâ D. Adriani conſtitutum *r*, diviſionis appellatur. Id tale eſt, ut ſi omnes fidejuſſores tempore litis conteſtatæ ſolvendo ſint, is, qui convenitur, dividi actionem deſiderans, exceptionem ex eadem epiſtola habeat, ne ultra, quam pro parte ſua virili *s* conveniatur. Si quis autem ex fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros *t* onerat. Quod ſi quis omiſſa exceptione ſolidum ſolverit, id ſibi imputet: nam nec ullam habet adverſus confidejuſſores *u* actionem, niſi fortè curaverit, ut ſibi actiones à creditore *x* cederentur. Cæterùm hæc beneficia *y* renunciando, ut ferè fit, amittuntur: quippe cum unicuique liceat juri pro ſe introducto renunciare *z*.

Voluntate tacitâ ex aliorum perſona obligantur duo; exercitor navis; tum is, qui tabernam aut quamlibet aliam negotiationem exercet. Exercitor navis, ſi quid cum eo, quem magiſtrum præpoſuit, contractum ſit ejus rei causâ, cui præpoſitus eſt. Ad quam rem actio adverſus exercitorem edicto prætoris comparata eſt, quæ ob id *a* exercitoria dicitur, Eſt autem exercitor navis, ad quem quotidianus navus quæſtus *b* pertinet. Magiſtrum verò accipere debemus eum, cui totius navis cura *c* mandata eſt. Similiter in eum, qui

q Hæc Inſtit. in d. No. 4. c. 1.

r Quod & ipſum humanitatis cauſa conſtitutum eſt, præter formā & cōditionem obligantis, quæ ex verbis naſcitur.

s §. 4. Inſt. de fidejuſſ. l. inter. 26. & 2. ſeqq. ff. eod.

t d. §. 4. ſemel autem beneficium quæſitum non aufertur, puta ſi diviſâ actione poſt litem conteſtatam quidam deſierint eſſe ſolvendo. l. inter eos. 51. §. pen. d. tit. ſibique imputet creditor, quod eos, quo tempore ſolvendo erant, non convenerit.

u d §. 4. l. ut fidejuſſor. 30. ff. eod. tit. *x Quod ut fiat, jure deſiderare poteſt. l. 2. l. 11. C. de fidejuſſ add. l. cum is. 36. ff. eod.* *y Cautio notariis uſitata in Inſtrumentis fidejuſſionis.* *z l. pen. C. de pact.* *a §. 2. Inſt. quod cum eo qui in al. pot. tit. ff. de exercit. act.* *b Sive is dominus navis ſit, ſive per averſionem conduxerit. l. 1. §. exercitorem. 15. ff. d. tit. §. d. §. 2. Inſt. d. tit.* *c Nec eum tantùm, quem exercitor præpoſuit, ſed etiam, eum, quem magiſter. d. l. 1. §. magiſtrum 5.*

tabernam aut quamlibet aliam negotiationē exercet, actionem prætor pollicetur, si quid contractum sit cū institore ejus rei causâ, cui institor *d* præpositus est, quæ idcircò institoria nominatur. nā qui negotiationibus præponuntur *e*, institores vocantur, ex eo quod negotio gerendo instent. Utraque hæc actio ex tacita quidem voluntate eorum, qui magistrum aut institorem præponētes hoc animo esse videntur, ut facta eorum præstare velint: verum hoc non est satis ad actionem adversus eos introducendam: ideoq; edicto prætoris introducta est, idque propter utilitatem publicam, quæ in superioribus duabus causis versatur *f*.

d d.§.2. tit. ff. de instit. act.

e d.§.2.l.3. 4.5.ff. d. tit. de Inst. act. factores ferè hodiè vocant.

f d.l.1. §. Magistrum. de exercit. l. 1. de instit. act.

CAP. LXII.

De pignoribus & hypothecis.

IS item qui rem obligatā pignori possidet, ex facto debitoris tenetur. Quamvis enim certum est, actiones omnes, quæ adversus possessores pignorum comparatæ sunt, in rem esse, ideoq; rem ipsam, quæ priùs obligata est, sequi, ac propter rem possessores, ut est actionum omnium in rem natura: negari tamen non potest, eum, qui propter rem maximè convenitur, etiā ex debitoris persona conveniri, à quo ea pignori obligata est: inde enim est, quod soluto debito possessor liberetur. Quid quod pignus accessionis & cautionis genus est fidejussioni adeò simile, ut mutato obligationis subjecto penè sit idem: ut vel ob hanc causam superior locus hunc tractatum, ad se trahere debeat. Pignus & Hypotheca hoc differunt, quod pignus propriè est, cum simul res traditur, maximè si mobilis sit: Hypotheca autem; quæ sine translatione possessionis nudâ conventione *g* obligatur. Sed hoc docendi tantùm causâ, ut suis quæque res vocabulis demonstretur: Alioqui pignus frequenter etiam de re immobili

g Ducta differentia ex origine & proprietate verbi (pignus) quod à pugno dictum eam potissimùm rem significat, quæ pugno, id est, manu capitur. l. plebs. 238 §. 1. de V.O. Hypotheca a, græca vox est, idem valens, quod obligationi & nexui subjectum. sed generalis hæc significatio coarctata est ad speciem alteram pignori contrariam. l. 9. §. 2. ff. de pign. act. §. item Serviana. 7. Inst. de act.

usurpa-

usurpatur, & nudâ quoque *g* conventione constitui dicitur. Sanè *h* effectu juris inter hæc nihil interest. Quapropter sermone ad pignus collato, ne verbosa fiat disputatio, primò illud ex generali illa significatione definiamus; deinde porrò quæramus quo modo cōstituatur, constituti quis usus, quod in eo jus creditoris, eadem omninò & de hypothecis intellecturi. Pignus est res omnis pro debito creditori *i* obligata. Duæ igitur res pignus constituunt; debitum præcedens; & pro eo debito obligatio. Quale sit debitum nihil interest, dummodò aliquod præcedat: & ideo si conditionale sit, non aliter pignora obligantur, quam si *k* conditio extiterit. Constituitur pignus aut lege & jure ipso; aut facto alieno. Lege, cum favore personæ aut causæ, de qua agitur, quibusdam personis pignus ex privilegio datur; ut fisco in bonis debitorum fisci; pupillis & adolescentibus in bonis tutorum & curatorum pro officio administrationis; uxori in rebus mariti in causa dotis; legatariis nomine legatorum in bonis defuncti; cuivis creditori in illis ædibus, in quarum restitutionem pecuniam credidit; & qui sunt alii, quibus idem privilegium *l* tributum est. Operâ & facto alieno pignus constituitur aut publicâ auctoritate; aut privatâ voluntate domini, cui alienatio rei non est interdicta. Publicâ auctoritate quod constituitur *m*, prætorium appellemus licet. Ejus duæ species: una ex causa missionis in possessionem, videlicet cum creditor jussu magistratus mittitur in *n* possessionem bonorum debitoris, quibus in *o* causis id facere concessum est: altera ex causa judicati, cum debitoris condemnati nec solventis bona jussu magistratus in executione judicati capiuntur, ut distrahantur & ju-

g l. 1. in pr. ff. de pign. act.

h Quantum ad actionem hypothecariam nihil interest utrum res tradatur, an non. d. §. 7. Inst. de act. l. 5. § 1. ff. hoc. tit.

i Non solùm de qua inter debitorem & creditorem convenit, ut sit pro debito obligata, sicut exempli causa dicitur in d. § 7. sed etiam, quæ sine conventione jure ipso.

k l. 5. pr. ff. h. tit. Hinc jam intelligitur pignus esse accessionem principalis obligationis, eademque lege, quâ fidejussionem, contineri.

l Vid. l. 1. & 2. C. in quib. ca. pign. tac. l. pro officio. 20. C. de adm. tut. l. un. §. 1. C. de rei ux. act. §. fuerat. 29. Inst. de act. l. 1. C. com. de leg. l. 1. ff. in quib. ca. pig. tac. cont. l. 3. ff. de reb. cor. qui sub tut.

m Arg. d. l. 3. §. 1. de reb. cor. qui sub. tut. l. 2. C. de præt. pign. ubi prætoriū pignus definitur, quod à judicibus datur, id est, magistratibus, invaluerat n. jā multò ante, ut magistratus, qui jurisdictioni præest. & per synecdochē prætor in usu juris appellatur, diceretur judex. tit. ff. de reb. auct. jud. poss. tit. C. de jurisd. omn. jud.

n l. 1. & 2. C. de præt. pig. l. non est mirum. 26. ff. de pign. act. quod iterum in specie prætorium dici potest.

o Vid. l. 1. & ibi gloss. ff. quib. ex ca. in poss. eat.

dicatis p satisfiat. A domino pignus constituitur nudâ voluntate, uti quisque voluerit rem suam pignori esse creditori sive suo sive alieno. Constituitur ita partim ultimâ voluntate, partim conventione inter vivos. Ultima voluntate, cum is, cujus in bonis res est, jubet testamento aut quâ aliâ supremâ voluntate, ut res pignori sit q creditori. Conventione res pignori subjicitur, simulatque convenerit, ut res pro debito sit obligata, etiamsi non tradatur r creditori. Rursus conventione pignus contrahitur dupliciter; expresse & tacitè. Expressa conventio ex verbis intelligitur. Tacita juris interpretatione admissa est, atque ob eam pignus receptum in prædiis tum urbanis tum rusticis locatis, ut in prædium quidem urbanum invecta & illata tacitè obligata sint creditori in causam conductionis: in prædiis autem rusticis s fructus duntaxat.

Constituti pignoris hic usus, ut creditori diligentius cautum sit, magisque in tuto sit t creditum. Cautio hæc duabus in rebus posita, in quibus & jus creditoris agnoscitur. Una, ut creditori pignus tenere eique incumbere liceat, donec ei satisfiat. unde plus cautionis in re esse dicitur, quam in u persona. Altera, ut cessante solvere debitore jus sit creditori pignus bonâ fide distrahere, sive de eo distrahendo convenerit, sive non. Quin etiam etsi convenerit, ne distrahere liceat, adhuc tamen distrahere licebit, si ter debitori fuerit denunciatum, ut solvat, & x cessaverit.

p Tit. C. si in caus. jud. pig. 5. sit. quod judiciale dici solet. In utraque a. hac specie ita demum pignus constituitur, si creditor pignus occupavit. d. l. non est mirum. 26. de pign. act. d. l. 1. & 2. C. de prat. pign. Aliter, sed malè, hæc explicat Cujac. quem sequitur Treutl. disp. de pign. thes. 3. vid. Don. ad. dd. tit. C.

q d. l. non est mirum. de pign. act.

r l. 1. d. tit. l. 4. hoc tit. l. si tibi. 17. §. 2. de pact.

s l. 2. & 4. l. 7. ff. in quib. ca. pign. l. 4. de pact. & ibi Cujac. & Duar. DD. tamen vulgò. Cyn. Sichard ad l. 5. C. locat. & cum iis Treutl. de pign. thes. 4. sic distinguunt, ut dicant, in urbanum prædium illata indistinctè pignori esse, in rusticum non aliter, quam si illata sint sciente domino. arg. d. l. 5. in verbis (voluntate domini) sed nos ea verba sic accipiemus, si dominus locaverit fundum eâ lege, ut aliqua in fundum inferrentur: quâ conventione id tacitè agi intelligitur, ut illata pignori sint, cum alioqui nullam vim habitura sit. Don. tract. de pign. c. 4. Bachov. in not. ad d. lib. 4. sed tamen superior DD. opinio in praxi prævaluit.

t §. ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.

u l. plus cautionis. 25. de R. I.

x Hac in l. 6. cum 2. ll. seq. C. de distr. pign. l. 4. ff. de pign. act. distractionis vis hæc, ut pignoris venditi dominium transeat in emtorem. l. 12. C. d. tit. l. non est novum. ff. de acq. rer. dom. Quod pignus ex causa judicati capitur, à magistratu per apparitores distrahitur, ipseque etiam creditor ad licitationem emtionemque admittitur. l. 2. C. si in ca. jud. Quod a. occupatum est ex causis, ex quibus in possessionem mittitur, neque statim distrahi potest, neque semper, ut declarabunt singulis capitis, ex quibus missio fit, notantur à gloss. in l. 1. ff. quib. ex ca. in poss. eat.

At

At quid si creditor non possideat? Nimirum constituta est ei actio in rem adversus quosvis pignoris possessores pignoris persequendi obtinendique causâ. Actio hæc duplex; Serviana,& quasi, quæ etiam Hypothecaria vocatur. Servianâ experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi locatori tenentur. Quasi Serviana est, quæ competit de rebus omnibus, quacunque ex causa pignori y obligatis. Actionis exitus hic, ut is, qui convenitur necesse habeat aut creditoribus agentibus solvere, aut pignus creditori z restituere. Inter plures creditores de pignore contendentes qui † prior est tempore potior est jure, præterquam si cui,quamvis tempore posteriori, prærogativa tamen juris data a sit: qua de re peculiares extant titt. tum in Pandect. tum in Cod. Hæc est illa obligatio, quam ex re quidem possessa, tanquam ex causa proxima, nasci dicimus, sed ita, ut possessor nihilominus ex facto debitoris conveniatur: cū non sit pignus nisi pro debito, eoque soluto pignus solvatur. Atq; hæc nimirum causa est, cur novo jure beneficium ordinis pignorum quoque possessoribus datum sit, ut non ante conveniri possint, quam debitore principali accessionibusque omnibus conventis ac discussis b.

y §. item Serviana. 7. de act. est & alia hypothecariæ, propriè pignoraticia, ab h. c multum discrepans. vid. c. 14. sup.

z l. si fundus. §. in vindicatione. ff. hoc tit.

† l. 2. & 3. C. qui pot. in pign. Inter chirographarios creditores nulla est temporis prærogativa, in tantū ut & privilegiarii ejusdem tituli concurrant, licet cæteris præferantur, sed hoc ideo, quia privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa. l. privilegia. 33. de reb. auct. jud. (qui quibus ex causis privilegium habeant, disce ex l. 16. & seqq. d. tit.) Hypothecarii omnibus præferuntur. l. 9. C. qui pot. atque inter hos demum temporis prærogativa servatur. vid. Don. ad l. 2. C. d. tit.

a Ut ei, qui pecuniam ita credidit, ut ea efficeret, ut vel res salva esset, vel esset in bonis debitoris. quod & secutum sit, & res pignori sit obligata. l. 5. & seqq. ff. qui pot. in pign. l. 7. C. h. tit. ut mulieri in repetitione dotis l. ult. C. qui pot. ei, qui instrumento publico utitur contra eum, qui chirographo tantum. l. 11. C. d. tit. Apud nos quoq; constitutum, ut qui specialem hypothecam, licet posteriorem habet, præferatur in ea generalem habenti. art. ord. pol. 35. Sed & rebus alienatis cessat generalis hypotheca adversus tertium possessorem. Quin nec nuda obligatio rerum immobilium jus hypothecæ inducit: sed necesse est coram judice aliquo eas pignori obligare: atq; ut ad generalem hypothecam constituendam sufficit coram quovis judice hujus regionis bona sua obligasse, ita ad specialem in rebus immobilibus constituendum is judex adiri debet, in cujus territorio res sitæ sunt. d. art. 35.

b No. 4. c. 2. auth. sed hodie. C. de ob. & act. auth. hoc si & ibi Sichard. C. h. tit. Don. ad l. 14. C. eod. Cæterùm huic Novellæ apud nos derogatum est, restitutumq; jus vetus. l. ult. C. de ob. & act. d. l. 14. C. hoc tit. iis, qui specialem hypothecam habent. art. 36. d. Ord. pol.

CAP. LXIII.

Domini ex persona servorum, patres ex persona filiorum quando & quatenus obligentur: & de hereditariis actionibus.

Supersunt nunc ii, qui solâ conditione personæ ex persona alterius obligantur. Eorum tria genera; domini ex persona servorum; parentes ex persona liberorum, quos in potestate habent; heredes ex persona defuncti. Domini ex persona servorum obligantur non tantùm ex contractibus, sed etiam ex maleficiis. Ex maleficiis aliàs tenentur in solidū, aliàs actione noxali. In solidum duobus casibus; si sciverint servum delinquere, eumque prohibere *c* potuerint; item si servum suum esse negantes in jure jurare *d* noluerint. Extra has causas si quid servi deliquerint, noxales actiones sunt proditæ, quibus domino damnato permittitur aut litis æstimationem sufferre, aut servum *e* noxæ dedere. Omnis autem noxalis actio *f* caput sequitur. ideoque si is servus, qui noxam nocuit, ad aliū pervenerit, novus dominus noxali judicio tenetur. Eo verò manumisso extinguitur noxæ deditio: verùm ipse directò ex suo facto convenitur. Quod si liber homo nocuit, cujus ille in servitutem postea redigitur, is actione noxali teneri incipit. Tenetur autem hac actione etiam is, qui *h* dolo fecit, quominùs servum in potestate habeat. Nec domini tantùm tenentur, sed etiam omnes, qui servum pro suo *i* possident. Verùm hæc ita, si servus in extraneum quid deliquerit: ob noxiam verò in dominum commissam, nulla nascitur actio. Ideoque neque cum ipso postea manumisso, neque cum eo, in cujus potestatem postea pervenerit, agi potest. Eadem res facit, ut si alienus servus mihi noxiam commiserit, isque ante litem à me contestatam meus esse cœperit, continuò extinguatur actio, utpote deducta in eum casum, unde incipere non potest *k*.

c l. 2. & 2. seqq. ff. de nox. act. add. Pet. Fab. ad l. culpa. 50. de R. Iu.

d l. quoties. §. 2. d. l. tit. de nox. act.

e Atq; hinc actio nox. alis dicta. l. 1. d. tit. Inst. eod. in pr. dictū a. noxa dedere, pro in noxam seu noxæ nomine, eâdem formâ, quâ cavere damni infecti. summâ a. ratione permissum est noxæ deditione fungi. namque erat iniquum nequi etiam servorū ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse. §. 2. Inst. eod.

f Id est, auctorem noxæ servum. §. 5. Inst. eod.

g Detractâ noxæ deditione. l. 14. de O. & A. d. §. 5.

h l. si bona. 14. ff. de nox. act.

i d. l. 14. & seq. eod.

k Hęc in §. pen. Inst. eod.

In

In contractibus hæc distinctio observanda: Interest utrum servus jubente domino contrahat, an sciente tantùm, an ignorante eo & invito. Si jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum adversus dominum actio *l* Quod jussu datur. Jussum autem domini accipere debemus, sive jusserit sive mandaverit, aut *m* ratum habuerit. Si domino non jubente, sed sciente tantùm, servus contraxierit, una species est, ex qua dominus ultra peculii quantitatem interdum tenetur, nempe si servus sciente eo in peculiari merce negotietur, & quid cum eo ejus rei gratiâ contractum *n* erit. Hîc enim dominus non antè deducit totum, quod sibi debetur, ut fit, cum de peculio agitur: sed pro rata cum cæteris creditoribus in tributum *o* vocatur. Distribuendi autem potestas ipsi domino hæc lege permissa, ut si quis ex creditoribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportet, sit ei actio tributoria adversus dominum, cujus dolo malo id factum est, ut quanto minùs distributum est, quã oportet *p*, præstare cogatur. Quod si servus ignorante domino aut eo invito quid contraxerit, de eo, quatenus in rem ipsius versum erit, in solidum, de cætero pro ratione ac quantitate peculii tenetur *q* actione de peculio deque in rem verso. una enim hæc actio est, quã de peculio deque in rem verso agitur, sed duas habet *r* condemnationes. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid servus aut necessariò aut utiliter in rem ejus *s* impendit. Peculium dicitur, quod servus domini permissu separatum à rationibus dominicis habet, deducto inde, quod *t* domino aut iis, qui in ejus potestate, tutela, cura, administratione sunt debetur. Quamdiu autem servus in potestate est, de peculio actio perpepetua est; post mortem autem servi aut manumissionem incipit esse *u* annalis. Hæc actio cæteræque superiores honorariæ dantur etiam adversus

l §. 1. Inst. quod cum eo qui in al. pot. add. Don. ad d. tit. C.

m l. 1. & passim. ff. quod jussu.

n §. 3. Inst. d. tit. l. 1. & tot. tit. ff. de trib. act.

o d. l. 1. & l. 5. §. in tributum. d. §. 3. Inst. d. tit.

p Vel si quam mercē occultaverit. l. 7. §. 2. l. ult. eod.

q §. præterea. Inst. d. tit. in ff. distincti sunt tit. de pecul. & de in rem verso

r De in rem verso in solidum: si non est versum, quatenus in peculio. d. §. præterea. l. 10. §. 9. l. 19. in fin. de in rem vers.

s Quod explicatur pluribus in d. l. 10. §. 4. & seqq. & d. §. præterea.

t l. 5. §. ult. de pecul. dictum quasi pusilla pecunia. d. l. 5. §. 3.

u l. 1. §. 1. & seqq. ff. quan. de pec. act. ann.

bonæ

bonæ fidei possessores & fructuarios, ex quibus causis ipsis *x* acquiri potest. Porrò cui actio quod jussu vel exercitoria & institoria aut tributoria competit. potest is quidem simul & de in rem verso & de peculio agere: sed hoc nequaquam *y* expedit, nisi interdum in actione tributoria *z*.

Patrum ratio nonnihil diversa. Non enim convenit patres actione noxali ex liberorum delicto teneri, sicut dominos, ex maleficiis servorum, cum liber homo *a* noxæ dedi nequeat: sed si quid deliquerint sciente nec prohibente patrè, poterit in solidum, quasi ex suo delicto, pater conveniri, exemplo scientis nec prohibentis *b* domini. In contractibus triplex differentia.

Prima est in his quatuor causis, ex quibus placet patrem *c* teneri, non itē dominum; si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit *d*; si jusjurandum detulerit. his causis exceptis, quidquid servus contraxerit, gesserit, èo nomine dominus de peculio conveniri potest. Contrà filiusfa. ex cæteris quidem causis omnibus patrem de peculio obligat, at ex una causa nempe si pecuniam mutuò acceperit, nec ipse nec pater ejus *e* obligatur. quod effectum est senatusconsulto Macedoniano, ut diximus suo loco. Tertia differentia est in peculio. Peculium servi simplex est & unius generis, totū in domini, à quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione de peculio tenetur. Peculium verò filiifa. multiplex est, nec unius naturæ. Genera ejus singula *f* alibi distinctè sunt exposita: ex ea autem distinctione intelligere licebit, patrem non de omni peculio rectè conveniri, sed de eo tantùm, quod vel ipse totum in

x Ex reliquis in dominum. l.1.§.ult.& l.2.de pecul.

y Propter difficultatē probandi in rem domini versum esse, aut habere servū peculium & tantum habere, ut solidum solvi possit, superioribus a. actionibus facile solidum consequi possumus. §.cæterum. Inst.d. tit.

z Quia in actione d peculio totius peculii quantitas spectatur, in tributoria id tantū in divisionem venit, quod in merce peculiari est, in qua servus negotiatur. d. §.cæterùm.

a §.ult. Inst. de nox. act. l. apud antiquos. 21. C. de furt.

b l.2.pr.l.3. de nox. act. arg. l. culpa. 50. de R. I.

c Si quid horum filius gesserit.

d l.3.§.5. 8.& 9. l.5. §.2. de pecul. ratio est, quia facta hæc ejusmodi sunt, ut personam jure civili desiderent, quam servus non habet. l.32. de R. I.

e Si data sit neq; consentiente patre, neq; in rem ejus versa. §.pen. Inst. quod cum eo. vid. sup. c.11.& 12.

f Cap. 67. lib.1. ubi simul obiter monuimus distinctionis illius nullum esse apud nos usum, ac ne peculii quidem jure bona filiif. censeri. cui consequens est nec actione de peculio, nec tributoria patrem teneri.

pote-

potestate habet, cujusmodi est profectitium, vel cujus usus fructus ei conceditur, qualis ferè est conditio adventitii. In cæteris omnibus eadem omninò jura ex negotio gesto cum servis & filiisfa. servantur. Illud modò in memoriam revocandum, etiam ipsos filiosfa. ex suo facto in solidum tanquam patresfa. obligari, atque ob id directâ actione conveniri posse *g*.

Tertium genus eorum, qui conditione personæ ex persona alterius tenentur, sunt heredes. Nam hereditas cum sit successio in universum jus, quod defunctus habuit, facit, ut omnes actiones, quæ defuncto & adversus defunctum cõpetiverunt, in heredes transeant. qui locus pluribus à nobis est expositus libro 1. ubi de commodis & incommodis hereditatis tractamus. Tantùm quod illic omissum est, hîc leviter perstringemus. Primùm illud generaliter tenendum; omnes omninò *h* actiones semel à defuncto judicio inclusas & ad heredes & contra eos transire. Sed etsi quis lite non contestatâ decesserit, nihilominus tamen quæ actiones defuncto competiverunt, ad heredem omnemque juris universi successorem *i* transeunt, excepta *k* injuriarum, & si quæ similes vindictæ gratiâ comparatæ sunt. De iis autem actionibus, quæ adversus defunctum dabantur, hæc distinctio placuit, ut si rei persecutionem contineant, etiam adversus heredes dentur, non dentur, si sint *l* pœnales. Dicuntur autem actiones rei persecutionem continere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, quibus amplius *m*, pœnam. Res persecutoriæ ferè sunt, quæ ex contractibus veniunt, quæ ex maleficiis pœnam ferè persequuntur: neutrum autem est perpetuum. Jam illud quidem manifestum est; actiones omnes ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, si tamen præter rei persecutionem nihil habeant, etiam in heredes *n* dari. De illo verò ambigitur,

g l. filiusfa. 39. ff. de O. & A.

h Etiam pœnales. l. omnes pœnales. 26. l. constitutionibus. 33. l. sciẽdũ. 58. de O. & A. §. 1. Inst. de perp. & temp. act. idq; in solidum. l. unic. c. ex del. def. in qu. her. conv. hoc ideo quia judiciũ accipiendo nova contrahitur obligatio judicati. l. 3. §. 11. de pec.

i Nec interest ex contractu sint an ex maleficio etiã pœnales. d. §. 1. Inst. de perp. & temp. act.

k d. §. 1. similes habes in l. pen. §. ult. ne quis eum, qui in jus voc. & l. pen. de in jus voc.

l d. §. 1. d. l. 33. de O. & A.

m l. in honorariis. 35. d. tit. add. §. sequens. 16. & seqq. Inst. de act. & ibi Don.

n l. 12. l. ex contractibus. d. tit. l. 7. §. 1. depos.

bigitur, an si quæ sint ex maleficio rei persecutoriæ, etiam hæ adversus heredem dentur: quod magis probandum esse arguunt o hæ duæ, condictio furtiva, & actio rerum p amotarum. E contra de his, quæ pœnales sunt ex maleficio sive pœnę solius, sive partim pœnæ partim rei persecutionem habeant, certa definitio est, eas in heredem non dari. Quid autem, si qua sit pœnalis ex contractu? Et hîc idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ depositum inficiatur, in duplum constituta est, in heredem verò ex dolo defuncti in q simplum. Ignorandum verò non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil ampliùs, quam quod abest, persequantur. Ac de his hæc notio tenenda; Quotiens actio factum punit, & in dolum concepta est, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in heredem non datur: talis est actio de dolo, item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, & si r quæ sunt aliæ de genere eodem. Illud æquissimâ ratione placuit, turpia lucra etiam heredibus esse extorquenda: ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in heredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti s lucrum sentiant. Postremò etiam actiones, quæ à defuncto aut adversus defunctum nunquam cœperunt, ab heredibus & contra heredes

o Quæ ideo in heredem dare dicuntur, quia rei persecutionem continent. l. 7. §. ult. de cond. furt. l. 6. §. 4. l. 21. §. pen. de a. t. rer. amot. & actio legis Aquil. negatur in heredē transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura si pœnalis non esset. §. 9. Inst. de leg. Aq. facit, quod regula earū actionū, quæ in heredes non dantur, concepta est de pœnalibus. d. §. 1. Inst. de perp. & temp. l. 1. de priv. del. l. 111. §. 1. de R. I.

p An igitur his actionibus tenebitur herēs in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc de condictione furtiva expressum est in l. 9. de cond. furt. moveor eo, quod nunquam actio in heredem dari absolutè dicitur, cum non datur in solidū: cum a. datur quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur. d. §. 1. Inst. de perp. d. §. 9. Inst. de leg. Aq. d. l. 111. de R. I. d. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. 35. de O & A. l. 9. §. 1 quod fals. tut. & sexcentis aliis locis. Dicitur sane nonnunquam actiones ex delicto venientes in heredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in l. un. C. ex del def. Sed quid prohibet, istas definitiones, ex eo, quod plurimùm & ferè semper fit, conceptas, sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam? add Don ad d. l un. diff. Cujac. eumq; secutus Lyclam. 1 memb. 18 & lib. bened. passim. q l. 1. §. [illegible] l 18. ff. depos. r Vid. l 26 de dol l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. si mens. fals. mod. l. 7. §. ult. de tribut act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei qui in poss. l 1. § ult. de eo per quem fact. er. l. 7 de al. jud mut. ca. l 8. § ult. de precar. s l. 5. de calumn. d. l. un. C. ex del. def. l. 16. § ult. & l. seq. quod met. ca. l. 26. de dolo.

incipere possunt, sublatâ veteri regula contrariâ *t*.

Atque hi sunt, qui ex persona alterius tenentur, neque sunt plures: usque adeò, ut nec uxor *u* pro marito, nec pater pro filio *x* emancipato, aut mater pro filio, nec libertus pro patrono, aut contra, nec servus ejus nomine, quod in servitute *y* gessit, nec debitor pro *z* creditore suo aliis obstringatur. Quod si in his non admittitur, multo id minus in cæteris recipiendum est.

t l.un. C. ut act. ab her. & cont. her. inc.

u Tit. C. ne uxor pro mar.

x Tit. C. ne fil. pro patre.

y Tit. C. an serv. pro suo facto. prætерquam si quid promiserit, ut manumittetur. d. tit. l. 3.

z Nisi cessis actionibus aut bonis pignori obligatis. C. quand. fisc. vel priv. deb. sui deb. conv. poss.

CAP. LXIV.

De solutionibus & liberationibus. De interitu & periculo rei debitæ.

QUæ res obligationem constituant, constituta quid contineat, seu quam vim & potestatem habeat, satis luculenter, pro ratione suscepti operis, ostendimus. Unus adhuc locus superest, ex tribus illis communibus, quos in omnem partem juris incurrere jam aliquoties diximus, de interitu ac dissolutione obligationis rectè constitutæ: cujus tractatio idcircò à me hactenus dilata est, ut de re omnium obligationū communi in commune præcepta darē. Solvitur obligatio, cū debitor obligatione & actione, quâ priùs tenebatur, liberatur. Liberationum genera duo; communis una; altera quarundum obligationum propria. Communis iterum duplex; aut enim liberatur debitor ipso jure; aut per exceptionem. Ipso jure, cùm jure civili penitùs tollitur obligatio. Accidit id partim suâ sponte ignorantibus atque adeo invitis iis, ad quos ea obligatio pertinet; partim eorum facto & operâ. Ignorantibus iis tribus modis; mutatione status obligationis; rei amissione & periculo; tempore. Mutatione status, cum obligatio in eum casum recidit, unde initium capere non potest: quod toties acci-

accidit, quoties ea, quæ obligationem ab initio constituunt, nondum perfecto negotio in contrarium *a* cesserint. Ex hoc fonte tres species liberationum manarunt; interitus rei de[...]; obligationis confusio; duarum causarum lucrativarum in eandẽ personam conspiratio & concursus. Primùm rei debitæ interitu, qui sine facto debitoris contigit, omnis obligatio *b* extinguitur, ita ut nec æstimationem præstare cogatur. Interire res intelligitur non solùm cum in rerum natura esse desinit: verùm etiam cùm eximitur *c* commercio, ac utroque modo re sublatâ debitor liberatur. Non cujusvis autem rei interitus cautinuò liberationem adfert debitori: sed rei debitæ duntaxat. Proinde si non certa aliqua res in obligationem deducta sit, sed incerta, quæ perire non potest, puta genus, aut speciei datæ æstimatio, hîc nullo interitu rerum suarum debitor liberabitur, etiamsi fortunis omnibus *d* exuatur. Ex contrario ipsâ re, quæ debebatur, sublatâ, quamvis res cæteræ debitori salvæ sint, ita hoc interitu liberatur, ut nulla jam sit amplius eo nomine obligatio aut *e* æstimationis petitio: ac ne partis quidem, quæ ex re perempta *f* superfit.

Cæterùm quæcunq; hic liberatio est, ea hanc conditionem habet, si non factũ aliquod debitoris obstet. Cujus generis facta sunt hæc tria; culpa debitoris; mora; convẽtio de periculo & casu præstando. In primis factum & culpa debitoris, quam nunc docendi gratiâ a mora distinguimus, impedit liberationem; ut si animal promissum occiderit, rem sustulerit vel ignorans

a l.11.de servit. §. 2. de Inst. de inut. stipul. §. pen. Inst. de nox. act. non dico omne negotium etiam jã perfectum hoc modo extinguit: quod verum non est l. pen. §. ult. de V.O. §. 1. & 2. Inst. quib. non est perm. fac. test. l. 8. de his qui sui vel al. jur. eoq; pertinet regula jur. 85 §. 1. sed definitio ad negotia nondum plenè perfecta pertinet: certè admissa est in obligationibus contractis. vid. Don. ad. l. pen. §. ult.

b l. si ex legati. 23. de V. O. l. 5. si cert. pet. ratio in l. impossibiliũ. 185 de R. I.

c d l. 23 l. 83 §. 5. de V. O. §. 2. Inst. de inut. stip. quid si res in pristinum statum fuerit restituta? Ne sic quidẽ redintegratur obligatio dd. ll. *d Semper n. verum manet, non periisse rem, quæ debebatur. l. incendium. 9. ubi Don. C. si cert. pet. l. 30. § 5. ff. ad leg Falc. l. 5. §. 3. commod. l. 9. de jur. dot. l. 5. C. eod In duabus rebus disjunctim promissis sic jus est, ut unâ peremptâ, quæ superest, sola debeatur l Stichus. 95. pr. de solut. nisi perempta prius oblata sit creditori, isq; eam accipere recusarit. l. stipulatus. 105. de V. O. sed & pretium rei peremptæ offerendo placet debitorem liberari. l. 47. §. 3. de leg. 1.* *e Ut quæ in obligationem deducta non est. d. l. 47. §. ult. d. l. 30. §. 5. ad l. Falc.* *f Puta ex bove mortuo corium aut caro. l. mortuo bove. 49. de leg. 2. aliud est in condictione furtiva: tum quia fur in perpetua mora est, tum quia ea condictio datur soli domino. l 14. § 2. de cond. furt. aliud itero si præter rem, quæ periit etiam alia debeatur, ut in specie l. ult. de cond. caus. dat.*

debi-

debitam *g* esse, & rectè: factum enim cuique suum, non alteri nocere debet. Sed etsi non ipse debitor sustulit, modò facto suo interitui causam dederit, placet perpetuari *h* obligationem. Planè si nullum factum debitoris intervenerit, sed ob negligentiam ejus, fortè quod animal ægrotum non *i* curaverit, mors secuta sit, in strictis judiciis liberatur. Secus est in contractibus bonæ fidei, & quæ his plerumque comparantur, legatis & fideicommissis: in quibus re perempta aut amissa quid ad liberationem debitori prosit aut obsit, dicetur paulò inferiùs.

g l. 5. si certo pet. l. 23. l. 83. §. 5. l. si servum. 91. pr. & deinceps [...] O. l. factum 155. de R. I.
h d. l. 91. §. 1. l. quod te. 80. l. 53. §. pen. de leg. 1.
i d. l. 91. in pr. ubi vid. quæ fusè disserit Don.

Mora quoque obligationem perpetuat. Id autem habet hanc sententiam; Si res debita postea perierit, quam per debitorem stetisset, quo minus eam daret, ipsius id detrimentum *k* esse. Mora jure communi non ex re fit, sed ex *l* persona, non enim omnis debiti dilatio, sed injusta dilatio *m*, mora in usu juris appellatur. Eam tria hæc inducunt; interpellatio creditoris contempta; dies solvendi obligationi adjectus transmissus; malitiosa alienæ rei occupatio detentiovè. Interpellatus debitor à creditore, idque seriò sive in judicio sive *n* extra judiciũ, si non solvit, moram facit: ac proinde si res postea perierit, ejus detrimentũ est: nisi ex justa aliqua causa solutionem *o* recuset. Justæ causæ recusandi sunt quatuor. Prima est, si interpellatus *p* exceptionẽ habeat, aut si non ita debet, ut ab eo petitur, puta si loco minùs oportuno, aut ante diem *q* petatur. Secunda est, si debitor nesciat se debere, & justam *r* causam habeat, propter quam non intelligat, se dare oportere. Tertia, si cum ab eo peteretur, res

k Cum post moram perinde perpetuò teneatur, ac si res adhuc extaret. l. nemo. 82. §. 1. de V. O. d. l. 5. si cert. pet. l. 23. de V. O.
l l. mora. 32. in pr. de usur. id est, non fit ex solo tẽpore tardæ solutionis: sed si qua culpa est in persona differentis. l. 3. C. in quib. ca. in int.
m l. scienduũ. 21. de usur. nonnunquam tamen, qui cessant & solutionẽ quamvis licitè differunt, moram facere dicuntur. l. si pupillus. 127. de V. O. l. 1. §. item si 8. ad l. Falc. sed verbo tantùm, non etiam effectu juris.
n Nihil n. ampliùs exigitur, quam ut debitor interpellcetur. d. l. 23. d. l. mora, sic veteres in re simili colligunt l. 9. §. 1. quod met. ca. l. 20. §. petitam vers. d. quo. de her. pet. & id ipsum satis indicat d. l. mora §. 1. & l. decem. 48. de V. O.
o l. sciendum. 21. l. si quis testes. 24. de usur.
p l. lecta. si cert. pet. aut non nisi naturaliter debeat. l. si pupillus. 127. de V. O.
q de l. mora. l. cum filius fa. 49. de V. O. & generaliter nulla mora ibi fieri intelligitur, ubi nulla petitio est. l. nulla. 88. de R. I.
r l. 5. si cert. pet. veluti si petatur ab herede, quod defunctus debuit. l. 42. de R. I.

in ejus potestate non esset, nec dolo *s* malo fecit, quominus esset. Quarta si ad solutionem aut testes aut fidejussores suos adhibere *t* voluit.

Dies obligationi adjectus satis pro creditore *u* interpellat: neque hic aut ignorantia aut inopia præstationis moram *x* excusat: gemina solùm hîc defensio; si debitor exceptione tutus sit; item si paratus suo die solvere, testes aut fidejussores ejus obligationis adhibere *y* desideret. Postremò debitorem in mora constituit alienæ rei occupatio cum maleficio conjuncta; qualis est in fure, raptore, dejectore, malæfidei possessoribus, quos jam ab initio delicti plus quam frustratores esse *z* constát. Jure autem singulari receptum est, aliàs favore personæ, aliàs favore ipsius rei, ut ex ipso tempore tardæ solutionis sive ex re mora committatur. Favore personarum in *a* minorum creditis: favore rei in *b* fideicommissariis libertatibus. Postremò si nemo sit, qui interpelletur, idque ipsum creditor testatione complexus fuerit, æquissimum visum est in rem moram *c* fieri. Verùm enimverò quæ mora ab initio facta est, potest aut voluntate creditoris aut ipsius facto debitoris finiri. Voluntate creditoris, omissâ petendi *d* instantia. Omittitur instantia aut voluntate apertâ, aut tacita, cum creditor *e* novationis causa rem à debitore stipulatur. Opera debitoris mora purgatur, si is posteà debitum creditori offerat, & creditor sine justa causa *f* accipere recuset. Purgationis hæc vis est, ut futuri temporis periculo liberetur debitor, ac deinceps res pereat *g* creditori. Oblatio hoc ampliùs habet, ut si fortè ex aliquo contractu culpa præstanda sit, post oblationem *h* dolus solus præstetur. Quod si debitor post purgationem moræ iterum interpellatus non solvat, rursum moram facere incipit, quæ ipsi soli, non creditori nocеat

s d.l.5. si cert. pet. *t d.l. sciendũ. de usur.* *u l.12. C. de cont. [...]l.4. §.u[...] leg. com. l. qui sine. 38. de neg. gest.* *x Arg. l. ad diem 77. de V. O. atque hæc communis est DD. sententia, quã sequitur. Don. ad d. l. 77. & Sich. ad d. l.12. C.* *z l. 8. §.1. l. ult. de cond. furt. l. 1. §. rectissimè. unde vi l. pen. eod.* *a l. 3. C. in quib. ca. in int. l.1. §. ult. de usur.* *b l. cum vero. 26. §.1. de fid. lib.* *c l. sed etsi 23. §. 1. de usur. l. 2. de naut. fœn.* *d d. l. mora. § 1. de usur.* *e Sive effectum habeat novatio, sive non l. 17. de cond. furt. l. 29. §. ult. de V. O.* *f l. interdũ. 73. §. ult. l. si servum. 91. § 3 de V.O. l qui decem. 72. de solut.* *g dd. ll. minimè verò efficit, ut debitor liberetur præstatione pœnæ, cujus actio semel quæsita est creditori. l 23. de O. & A. l. 23. de rec. arb. aut ut purgetur mora offerendo post litem contestatam. l. 84 de V.O.* *h Exemp. in l. 17. de per. & com. rei vend. l. 9. sol. mat.*

ceat *i*. Moræ autẽ factæ duplex incommodum. Unum cernitur in fructibus & usuris rei debitæ, quę ex mora in bonæ fidei judiciis præstanda esse suprà diximus. Alterũ in rei debitæ periculo, ut si ea posteà vel casu perierit, nihilomagis debitor liberetur, quã si res adhuc *k* extaret: utiq; si non eodem fato apud creditorem *l* peritura fuisset. Cogetur igitur pro re, quæ perempta præstari non potest, æstimationẽ ejus dare *m*.

Quod efficit factum sive culpa, & mora debitoris, idem multò magis conventio facit de periculo præstando ex continenti interposita: nam exconventione in negotio gerendo interposita *n* legem contractus accipiunt. Ex intervallo si quid placuit, nuda pactio est, quæ jure civili actionem non parit: ideóque stipulatione tum *o* est opus. Quæ de totali rei interitu diximus, eadem propè omnia intelligenda sunt & de re deteriore *p* facta: videlicet ut debitor rem, quamvis deteriorẽ præstando liberetur, extra quam si quid eorum, quæ suprà diximus *q*, præcesserit: sin contrà, tenebitur, ut præstet, quanti res deterior facta *r* depretiata est. Cujus autem temporis æstimationem inire oporteat, ubi res judicio petitur, superiùs à me relatum est. Illud hujus partis proprium est, quod debitor, qui re deteriore factâ tenebatur, eâ scienti creditori & sponte accipienti solutâ penitus *s* liberetur. At si ignorans ignoranti solvit, siquidem judicium bonæ fidei est, remanent veteres actiones: sin obligatio descendat ex cõtractu stricti juris, debitor *t*

i Nam posterior semper mora nocet. d. l. 17. & unicuiq; jud. l. in condemnatione. 178. § ult. de R. I.

k l. 23. l. nemo. 82. §. ult. de V. O. l. 47. § ult. de leg. 1. l. 15 §. ult. de rei vind.

l Alias secus. finge post moram statim periisse. l. 14. §. 1. depos. tota n. hac sententia hac ratione defenditur; quod actor rem, si accepisset, vendere potuisset & pretium lucrari. d. l. 47. §. ult d. l. 15. §. ult. ita Don. à quo nõ longè recedit Bach in not. ad Treutl. disp de rei vind. th. 7.

m l. 8. pr de cond. furt. & tamen res ipsa adhuc peti dicitur. in l. 91. §. ult. de V. O. propter æstimationem videlicet.

n l. 23. de R. I. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. comm. d. l. 1. C. depos. l. 10. l. 13. C. de pact. l. 7. §. 5. ff. eod.

o d. l. 7. §. 5. junct. §. de constituta. Inst. de act. Sanè si conventione id agatur, ut debitor minus præstet, quam per naturam contractus præstare debet, puta ne præstet culpam, conventio rata est, ut pote quæ pertineat non ad obligandum, sed ad liberandum. d. l. 13. d. l. 7. §. 4. Don ad l. 6. C. de pign. act.

p Arg l. 76. de rei vind. nam deterioratio interitus pars quædam est.

q l. qui sibi. 31. §. 1. de solut. l. hujusmodi. 84. §. 4. de leg. 1.

r Æstimatione ad tempus moræ reducenda. l. 3. ff. de cond tri.

s Nam & si aliud pro alio volenti solvisset, liberatur. l. 12. C. de solut.

t Nam si naturam & substantiam rei spectamus, eadem res, quæ debebatur, etsi deterior, soluta est. sin utilitatem, cujus ratio in bon. fid. judiciis habetur. §. 30. Inst. de act. non videtur eadem, quæ deterior facta est. l. 3. §. 1. commod. l. 16. depos.

u l. 7. §. 3. de dol. add. Don. ad l. 3. de cond. trit. n. 27.

liberatur. Quod si dolum in solvendo admisit, tollitur quidem ipso jure obligatio, sed nova actio de dolo eo nomine datur *u*.

CAP. LXV.

De confusione obligationis, itemq; de concursu duarum causarum lucrativarum.

AC rei quidem debitæ interitu ita tollitur obligatio. Altera ejusdem generis species, est obligationis confusio, qua & ipsa res in eum casum recidit, à quo consistere à principio *x* non potest. Confunditur obligatio, cùm ad unam eandemque personam & jus creditoris & debitoris jure hereditario *y* devenit. Species confusionis duæ. Una est, cum creditor debitori, aut hic illi successit. Effectus hic, ut si unus tantùm sit debitor, pro solutione *z* cedat: si plures unius rei, & uni tantùm creditor heres extiterit, persona quidem debitoris, cui successit, obligatione eximatur, accessionesque liberentur: alii autem ejusdem pecuniæ † debitores eorumque fidejussores non item. Quod si ex duobus ejusdem rei debitoribus unus sit reus principalis, alter fidejussor, intererit utrum debitori creditor succedat, an fidejussori: priore casu, sublatâ obligatione principali tollitur etiam accessoria fidejussoris: posteriore verò, quamvis fidejussor obligatione eximitur, debitor tamen nihilominùs obligatus *a* manet.

Altera species confusionis est, cum debitor fidejussori succedit, aut contrà. Hîc enim manente obligatione principali tollitur *b* fidejussoria, sed hoc totiens verum est, quotiens debitoris obligatio æquè

x Nam quæ jura & nomina prius distincta erant, confusione ita permiscentur, ut unus atque idem fiat debitor & creditor. quomodo ab initio obligatio constitui non potest.

y l. sicut. 75. l. si duo. 93. l. Stichum. 95. §. 2. l. pen. in fin. de solut. l. 7. C. de pact. l. Granius. 71. de fidejuss.

z Ac proinde etiam accessiones liberentur, d. l. Granius. & creditor, qui successit, totum quod sibi debebatur vel naturâ tantùm, percipiat, etiam tunc cum jussus est hereditatem restituere d. l. Stichum. §. 2.

† Si socii fuerunt, pro parte obligati manent, si non fuerunt socii, in solidum. si tamen is, qui superest, mandatu correi sui, cui successum est, intercesserit, poterit creditorem heredem exceptione doli repellere. d. l. Granius.

a d. l. Granius. l. in omnibus speciebus. de solut.

b d. l. si duo. in fin d. l. Stichus. §. 3 nimirum quia nemo ab initio & debitor esse potest, & pro se apud eundem fidejubere. d. l. Granius.

plena

plena eſt, atque fidejuſſoris *c*: alioqui & fidejuſſoriam manere placuit. Fidejuſſor ſuis exceptionibus excidit: debitoris a. ſi quæ fuerunt, eas heres factus *d* retinet. Illud quæſitum eſt, ſi duo ſint rei ejuſdem pecuniæ, quorum alter alteri ſucceſſerit, an hic quoque confundatur obligatio? Et placuit quotieſcunque principalis obligatio principali accedit, eaſdem obligationes *e* manere.

Cæterùm tria hîc monendi ſumus. Primùm generaliter in ſuperiore confuſione tenendũ, non ulteriùs tolli obligationem, quam confuſa obligatio *f* fuerit. Secundò, actiones confuſas hodie integras ſervari, cum ſub beneficio inventarii *g* aditur hereditas. Tertiò actiones cõfuſas in ratione legis Falcidiæ reputari.

Tertia ſpecies ejuſdem generis eſt duarum cauſarũ lucrativarum in eandem rem & perſonam *h* concurſio. De quo genere liberationis ita traditum *i* eſt; Omnes debitores, qui ſpeciem ex cauſa lucrativa debent, liberantur, cum ea ſpecies ex cauſa lucrativa ad creditores pervenit. Hîc, ut res dilucidior fiat, quædam ſpectabimus in creditore, quædam item in debitore. In creditore exiguntur hæc tria; ut certa ſpecies ei debeatur; ut ea deinde ad eum perveniat; ut perveniat ex cauſa lucrativa. Primò exigitur, ut ſit certa res aut ſpecies, quæ debeatur: nam ſi certa quantitas aut ſumma, puta centum, duorum teſtamentis relicta ſit, non poteſt dici eandẽ rem deberi: ideoque à ſingulis heredibus ſolida centum *k* præſtanda ſunt. Secundò exigit ſuperior definitio, ut ea ſpecies ad creditorem pervenerit: quæ verba cum effectu accipienda ſunt, ſi ſic pervenerit, ut ſit manſura: alioqui ſi in ea cauſa ſit, ut avocari poſſit, aut eâ lege legata, ut alteri reſtituatur, definitio non *l* habet locum. Tertiò exigit eadem definitio, ut ſpecies de-

c Puta ſi obligatio, cui fidejuſſor acceſſit, ſit naturalis tantùm. d l. Stichum. §. 3. l. heres. 21. §. 2. de fidej.
d d. l. Stichũ. §. 2. & deinceps.
e d. l. ſi duo. in pr. quippe hîc non recidit obligatio in eum caſum &c. cum nihil impediat, quo minus unus & idẽ eam eandem & ex ſua & ex alterius perſona debeat, eodemq; modo ei debeatur.
f l. 1. & fin. C. de her. act.
g l. ult §. 4. C. de jur. del. quod ſequitur, eſt in l. 6. & 8 C. ad l. Falc. add. Briſſon. 2. de ſol. tit. de confuſione.
h Nam & hoc modo obligatio redit in eum caſũ, unde incipere non potuit. arg. §. ſic itaq. Inſt. de act. §. ſed ſi rem Inſt. de leg. §. 2. Inſt. de inut. ſtip.
i l. omnes debitores. 17. de O. & A. congruit. §. 6. Inſt. de leg. l. in perpetuum. 61. de ſolut.
k l. planè. 34. §. 3 de leg 1 l. Titia. 87 pr. de leg. 2.
l l. non quocunque. 82. de leg. 1, d. l. in perpetuum. de ſol. arg. l aliud eſt capere. 71. de V. S.

bita pervenerit ad creditorem ex causa lucrativa. Lucrativa causa est, cum pro re, quam accipimus, nihil vicissim præstare cogimur; qualis *m* est donatio, legatum. At si quis rem nactus sit ex causa onerosa, non prohibetur idem eandem rem, quam habere cœpit, ex alia causa, quamvis lucrativa, sibi ab alio debitã *n*. petere. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid *o* vicissim præstemus, quod accidit in venditionibus & aliis id genus commerciis. Cur verò tam variè? quia quod ex causa onerosa nactus sum, id ex veterum definitione adhuc mihi abesse videtur propter pretium, quod mihi *p* abest. Secus est, si quid ad me ex causa lucrativa pervenit. In debitore superior definitio exigit, ut is eandem speciem debeat, & debeat ex causa item lucrativa *q*.

m l. un. §. lucrativas. C. de impon. lucrat. descr. lib. 10

n d. l. in perpetuum. d. l. non quocunque. §. 2. & deinceps

o Talis quoq; est causa dotis. l. ex promissione. 19. de O. & A.

p l. Labeo & Sabinus. 14. de V. S.

q d. §. 6. Inst. de leg. Hinc si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, & is ab uno herede æstimationem consecutus sit, non prohibetur rem ipsam ab altero herede petere: contra rem adeptus æstimationem petere non potest. d. §. 6. nam rem qui habet, is & æstimationem habere intelligitur: qui æstimationem, ipsam rem habere non videtur, perspicuum n. est non rem æstimatione, sed æstimationem re contineri. Ex hac distinctione intelligi debet locus Ulpiani in l. si pland. 34. §. 2. de leg. 1.

CAP. LXVI.

De rei debitæ amissione, quæ salvo rei corpore contingit. Item de dolo, culpa & casibus fortuitis.

EX tribus modis, quibus diximus etiam invito creditore obligationem finiri, primus scilicet expositus est, cum mutatur status ipsius obligationis, quo fiat, ut res in eum casum recidat, à quo consistere à principio non potest. Transeamus igitur ad secundũ, quo finitur obligatio amissione rei debitæ, salvo manente rei corpore; quod contingit, furto, rapinâ, aut quâ aliâ simili ratione. Genus liberationis effectu juris parùm distans ab interitu.

Re quæ debebatur, deperditâ, multùm interest, utrum dolo aut culpâ debitoris id factum sit, an casu fortuito. De dolo & casu facilis præceptio est. Dolum omnes cõtractus recipiunt, sive, quod idem valet,

let, in omni contractu dolus *r* præstatur. Hujus verò definitionis hæc sententia est; Quidquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret aut deperderetur, detrimentum ejus esse, perindeque eum teneri, ac si nihil eorũ accidisset. Adco autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec ulla conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus futurus *s* præstetur: ut pote quæ turpis sit & abhorrens à bonis moribus.

Contrà casus fortuiti nullo omninò judicio & à nullo *t* præstantur. Casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, nec cui præviso potest *u* resisti. Cæterum regula ista tamdiu vera est, quamdiu aut culpa, aut mora, aut conventio debitoris de casu præstando non est impedimento, & siquidem mora aut conventio casum præcesserit, idem hîc per omnia *x* observatur, quod in re perempta: si culpa, refert quo ex contractu quis conveniatur, ut si conveniatur ex contractu, in quo culpa præstanda est, nihilominus tenetur: secus, si contractus culpam non recipiat. Proinde omnis quæstio huc redit, ut norimus, qui contractus culpam & quam recipiant. Atque hic est ille locus bonæ fidei judiciorum maximè proprius, quem paulo antè recepi me explicaturum.

Culpa in re debita est omne factum inconsultum, quod damno causam dedit injuriâ. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, comprehendimus. Notum autem est duo esse genera culpæ subjectis suis distincta, quorum unum in faciendo, alterum in non faciendo *y* versatur, quod genus desidia

r l. contractus. 23. de R. I. l. 5. §. 2. commod. l. 13. §. ult. de pign. act. & aliis locis.

s d l. 23. l. 1. § illud. 7. depos. l. si unus. 27. § 4. de pact. nec obstat §. 3. d. l. 27. vid. Don. ad l. 6. C. de pact. De dolo a præterito pacisci licet & actionem quæsitam remittere. l. 7. §. si paciscar. 14. de pact.

t d. l. 23 l. 6. C. de pign. act. in qua l. verba (in nullo bon fid. judicio) non adjecta sunt ad excludenda judicia stricti juris: arg. l. 23. de V. O. l. 5. si cert. pet. sed addita propter eos contractus, in quibus solius debitoris utilitas versatur. Iam si in his non præstatur casus: multò minùs præstari debet in contractibus, in quibus solius creditoris versatur utilitas.

u d. l. 6. l in rebus. 18. ff. commod. dicitur & vis major l. 13 in fin. de pig. act. l. 15. §. vis major. locat. interdũ factum & damnũ fatale. cujus 5. species facit Hot. 4. obs 16. divinum, naturale. humanum, bestiale, fluviale. Non sunt a. in hoc numero furta. quæ diligenti custodiâ vitari possunt. l. cum. duobus. 52. §. 3. pro soc. recipiunt ferè domestica.

x d. l. 23. de R. I. d. l. 6. C. de pign. act. l. 17. de per. & com. rei vend. l. 1. C. commod. l. 1. C. depos.

y l. si servum. 91. pr. de V. O. l. socius. 72. ff. pro soc. §. ult. Inst. de soc. l. magna, 226. de V. S.

& negligentia ferè dicitur. Addimus inconſultum, ut hoc factum diſtinguamus tum à dolo, tum à caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi; culpa eſt ἀπροαίρετον. A caſu fortuito; quia culpa diligenti conſilio caveri poteſt; damna autem fatalia nec conſilio ſe regi patiuntur, nec infirmitate humanâ arceri poſſunt.

Addimus amplius injuriâ: nam quod jure permittente fit, non z magis delictum eſt, quam id, factum, quod alii non nocet. Species culpæ a duæ ſunt b; lata; & levis. Lata duabus ex rebus æſtimatur, quæ definitionem ejus continent; aut ex hominum captu communi, ſi quis obtendat ignorantiam rei, quam omnes homines communi ſenſu præditi intelligunt; aut ex captu privato ejus, de cujus culpa quæritur, ſi non eandem diligentiam rebus alienis fidei ſuæ commiſſis adhibeat, quam ſuis ipſe rebus adhibere c ſolet. Levis culpa dicitur, cum quis peccans d conſuetâ in ſuis rebus negligentiâ, non præſtat in rebus debitis ea omnia, quæ in ſuis rebus præſtare ſolet diligens & frugi e paterfamilias. Lata culpa dolo proxima eſt, & effectu juris dolus: & ideo in contractibus omnibus, perinde ut dolus, præſtatur, etiam iis, qui dolum tantùm recipere f dicuntur. Hinc item fit, ut quoties culpæ verbum abſolutè ponitur, toties in uſu juris ſignificetur g levis duntaxat, ut pote quæ tantùm ſit culpa, pro dolo nunquam habeatur. Sive autem lata culpa ſit in faciendo ſive in negligendo, ſemper dolum juris interpretatione repræſentat.

z l. Gracchus. C. ad leg. Iul. de adult.

a Adjunctis ita diſtincta: nec plures ſunt à veteribus traditæ & diſtinctæ à dolo. l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 20. C. de neg. geſt. l. 7. C. arb. tut. Sunt, qui ſpecies culpæ nullas, gradus a. tres conſtituunt, ex triplici gradu diligentiæ, ſummæ, mediæ, infimæ Pet. Greg. 21. ſynt. 11. n. 3.

b Quæ & magna dicitur l. magna. 226. de V. S. & latior. l. quod Nerva. depoſ. & per periphraſim dolo proxima. l. 8. §. 3. de prec. *c l. lata. 223 de V. S. junct. d. l quod Nerva, & d. l. 22. §. 3. ad Trebell. add. Don. ad l. 1 C. depoſ. n. 14.* *d Nam ſi in ſuis rebus diligens, in alienis negligens, latâ culpâ peccat. d. l. quod Nerva.* *e Arg. l. 13. §. ult. & l. ſeq. de pig act. d. l. quod Nerva, & d. l. 22. §. 3. ſi quod à diligente provideri potuit, non eſt proviſum. l. ſi putator, ad l. Aquil. neque ab hac ſpecie differt, quæ dicitur leviſſima. l. in lege. 44. d. tit. quamvis negari non poteſt, culpâ levem non ſemper æqualem eſſe, ſicuti nec latam. Charond. 3. veriſim. 9.* *f d. l quod Nerva l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. 1. §. 5. de O. & act. rectè tamen vulgo traditur, hanc interpretationem in delictis ceſſare. per l. 7. ad leg. Corn. Gail. 2. obſ. 110. n. 2.* *g Non verbi proprietate, ſed interpretatione juris. l. 23. de R. I. l. 5. §. 2. comm. § 6. Inſt. de ſuſp. tut. § 3. Inſt. quib. mod. re cont. obl.*

At

At levis culpa, quę in faciendo eſt, effectu juris diſtat ab ea, quæ eſt in non faciendo, quã deſidiam & negligentiã veteres uſitatè appellant, & diligentiæ plerumque opponunt: ſic enim loquuntur, cum utramq; illam culpam levem præſtari ſignificare volunt, ut dicant & culpam venire & *b* diligentiam ſeu cuſtodiam culpæ nomine intelligentes eam, quæ eſt in faciendo; ſub præſtatione autem diligentiæ culpã huic officio contrariam, nempe quæ ſit in negligendo. Hinc de levi culpa major difficultas: nam nec omnes contractus eam recipiunt, nec omnem, nec uno modo. De eo autem hæc juris ſumma eſt. Quidam contractus dolum tantùm recipiunt, levẽ culpam non admittunt, & hoc aliàs jure communi, aliàs jure proprio: quidã recipiunt levem duntaxat, quæ in faciendo conſiſtit, non etiam quæ eſt in negligendo: quidam deniq; utramque. Jure *i* communi dolum tantùm recipiunt, in quibus ſolius dantis commodum verſatur, nullum accipientis; cujus generis eſt depoſitum, quod ſolius deponentis *k* gratia ſuſcipi conſtat. Iniquum autem ſit cuiquam officium ſuum, quod ejus, cum quo contraxit, non ſui commodi causâ ſuſcepit, damnoſum eſſe. Ejuſdem generis eſt & commodatum interdum, nempe ſi proponas eum, qui commodat, ſuâ duntaxat causâ cõmodare, ſponſæ fortè vel uxori, quo *l* honeſtiùs ad ſe deducatur. Enimverò tamdiu in hac communi regula manebimus, quamdiu nulla juſta cauſa ſuperiorẽ æquitatẽ mutet. Poſſunt enim intervenire juſtę cauſę, ob q̃uas placeat, etiam officii debitorem culpam præſtare. Cujuſmodi ſunt hæ tres; ſi ab initio convenerit, ut etiam in hoc genere culpa præſtaretur; ſi quis ultrò officio ſe obtulerit; ſi officium ſit publici muneris. Hinc placuit, quatuor contractus, quamvis gratuiti officii, etiam levem culpam recipere; depoſitum duplici de cauſa; ſi id ab initio nominatim *m* convenerit, ſimiliter ut in cæteris contractibus; item ſi depoſitarius non rogatus ultrò ſe depoſito obtulerit: Hoc enim qui facit, periculo

h l.13.§ ult. de pign. act. d. l.23. de R. I. d. l.5. §.2. in fin. commod.

i Ex ratione videlicet æquitatis ad omnes contractus communiter attinente, nempe nemini officium ſuum debere eſſe damnoſum. l. ſi ſervus. 61. §.5. de furt.

k d. l.5. §.2. d. §. 3 Inſt. quib. mod. re cont. obl. l. 1. §. ult. depoſ. at cũ dolo etiam latam culpam recipit. l. 1. C. depoſ.

l d. l.5. §. interdum. 10. comm.

m l.1. § 6. depoſ. l. 23. de R. I.

culo depositi se videtur *n* illigare. Is quoque, qui negotia aliena gerenda suscepit, præter dolum & *o* culpam præstare debet: & hoc fortiore ratione defenditur, quam illud superius: nam qui absentis nec consentientis negotiis sese immiscet, hoc ipso in culpa est, nisi ea rectè per omnia *p* administret. Mandati eadem ferè ratio: ut enim, qui mandat, diligentiam ad gerendum exigit, ita qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendum necessariam in se futuram recipere *q* videtur.

Eadẽ præstationes culpæ receptę in tutela & *r* cura: quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suasit. Jure singulari dolum tantùm recipiunt contractus duo; opera agrimensoris; precarium. Visum est enim satis abundeq; coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non *s* est. In precario autem idcircò tantum dolus venit, quia id totum descendit ex liberalitate ejus, qui precariò concessit, nec, ut commodatum, in obligationis necessitatẽ unquã transit *t*.

His remotis reliqui contractus omnes pręter dolum etiam culpam recipiunt, sive utriusque contrahentium utilitas vertatur, ut in emptione venditione, locatione conductione; societate, dote, pignore, rerum communione; sive debitoris tantùm, ut in *u* commodato. Cæterùm non omnes omnẽ, neque uno modo recipiunt. Qui eam, quæ in faciendo est, tantùm recipiunt, sunt quatuor; societas; dos; cura, tutela; rerum communio. De his disertè traditum est, non majorem diligentiam exigere, quã quantã suis quisq; rebus adhibere *x* solet: quicunq; autem ad suum modũ diligens non est, latæ culpæ obnoxius habetur. Hoc autẽ jus partim voluntas creditoris introduxit, partim rei gerendæ necessitas. Voluntas creditoris in societate & dote. In societate quisquis socium assumit, personã ejus sequitur & probat: proinde qui parùm diligentem sibi assumpsit, de se queri, sibiq; hoc imputare *y* debet. Eadem ratio etiam

n d.l.1.§. sæpe evenit.35.
o l. si negotia. 11. de neg. gest. §. 1. in fin. Inst. de obl. quæ qu. ex cont.
p l. culpa. 36. de R. I. junct. l. in commodato. 17. §. 3. in fin. commod. vid. c. 51. sup.
q Proinde non solùm de dolo, sed etiam ob culpam mandatarius tenetur. d.l. 23. de R. I. l. 13. & l. in re mandata. 21. C. mand.
r l. quidquid. C. arb. tut. l. 1. ff. de tut. & rat. distr.
s l. 1. §. 1. ff. si mens. fals. mod. dix.
t l. 8. §. 3. junct. l. 1. & 2 ff. de precar.
u d.l. contractus. 23. de R. I. d.l. 5. §. 2. commod.
x §. ult. Inst. de societ. l. in rebus. 17. de jur. dot. l. 1. in pr. de tut. & rat. distr. l. heredes. 25. §. nõ tantum. 16 fam. ercisc.
y d. §. ult. Inst. de societ. l. socius socio. 72. ff. pro soc.

etiam inter conjuges valere debet, inter quos societatis quædam species multò arctissima. Necessitate rei gerendæ excusatur, qui rem cum alio communem habet, quoniam is propter suam partem causam habet gerendi: unde coheres coheredi non majorem diligentiam præstare dicitur, quam qualem in suis rebus præstare z solet. Eadem gerendi necessitas præcipuè tutores & curatores a excusat: quippe qui etiam inviti munus sibi delatum suscipere coguntur. At cur potiùs placuit præstari ab his culpam, quæ est in faciendo, quam negligentiam? nimirum, quia hæc, quam illa, minor est & tolerabilior. Unde in lege Aquilia, in qua alioqui etiam levissima culpa venire dicitur, ea tamen, quæ est in non faciendo, non venit *b*.

Si à superioribus contractibus recesserimus, reliquos omnes in ea esse causa comperiemus, ut culpā † utramque recipiant, sive ut nostri ferè loquuntur, & culpam recipiant & diligentiam: talē videlicet, qualē diligens paterfa. præstare solet, quam eandem exactam & *c* exactissimam promiscuè appellitant. Unum amplius in commodato præstandum reperio: nam si res commodatarii & res commodatæ in eum locū devenerint, alterutras solùm ut servare cōmodatarius possit, placet eum commodatas *d* preferre debere. quod de aliis contractibus non legimus. Cæterùm quæcunq; de prestatione culpæ diximus in superioribus contractibus, ea ad similes quoq; conventiones, quamvis in proprium nomen contractus non transeant, servatā eādem *e* distinctione transferenda sunt. Eandemque regulam in legatis quoque & fideicommissis observabimus *f*.

z Ratio disertè reddita à Paulo in d. l. heredes. §. non tantùm.
a Inst. de excus. in pr. l. 1. de adm. tut.
b l. in lege. 44. ad leg. Aquil. junct. l 13. §. de præteritis de usufr.
† Vt pignus l. 13. §. ult. de pign. act. emtio. l. 3. de per. & com. res vend. locatio. §. pen. Inst. de locat. & in primis commodatum. l. 5. §. 2. commod.
c Sicut & diligentem & diligentissimum patrem fa. id quod ex inspectione & collatione sequentium locorum planum fiet. l. 11. de per. & com. rei vend. l. in rebus. 18. junct. l. 5. §. custodiam. 5. commod. l. 13. §. ult. de pig. act. l. 3. de peric. & com. §. 1. in fin Inst. de ob. quæ qua. ex del.
d Quod disertè traditur in d. l. 5. §. 4. commod.
e Exempla extant in l. 9. §. 1. commod. l. si gratuitam. 17. §. 1. & 2. de præs. verb.
f l. si servus. 108. §. cum quid. 12. de leg. 1. Igitur si ab herede legatum relictum est, is & culpam præstabit & diligentiam. l. 47. §. pen. de leg. 1. nam si voluntatem defuncti spectamus, utriusq; in legato utilitas versatur & heredis & legatarii: Enimverò hereditate per fideicommissum relictâ heres in communionem cum fideicommissario incidit, ideoq; non major diligentia ab eo exigi debet, quam à socio. l. heredes. 25. §. non tantùm. fam. ercisc.

CAP.

CAP. LXVII.

Quæ obligationes tempore finiantur: seu de perpetuis & temporalibus actionibus.

AC de duobus quidem prioribus modis, quîbus ignorante creditore obligatio tollitur, ita jus est. Tertium genus adhuc superest, tempus videlicet, quo & ipso obligationes actionesq; suâ sponte finiuntur. Obligatio tempore finiri dicitur, quæ ad certum tempus constituta, post id tempus esse desinit. Constituitur ad tempus aut voluntate privatâ, aut lege. Voluntate privatâ, cum quid promittitur ad certum tempus sæpiùs præstandum; veluti si quis ita stipuletur, decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? Sed hæc tractatio non est hujus loci duabus de causis: primum, quia isto modo non finitur obligatio ipso jure, quod nunc quærimus, sed per *g* exceptionem tantùm: secundò, quia illud ipsum fit voluntate & facto eorum, qui obligationē constituunt. Lege actionibus tempus præfinitur dupliciter; aut enim ab initio intra certum tempus dantur; aut ab initio simpliciter datæ posteà certo temporis spatio circumscriptæ sunt: illæ temporales in usu juris dicuntur, hæ perpetuæ, propterea quod tales ab initio *h* fuerunt. Etsi autem temporales quæ vocantur, ipso jure tempore finiuntur, perpetuæ per exceptionem seu præscriptionem temporis: argumenti tamen conjunctio unam speciem ab altera separari non finit.

Ad dijudicandū, utrum actiones temporales sint, an perpetuæ ad eum modum, quem diximus, tradita est à veteribus hæc notio. Videndum est, utrum actio rei persecutionem contineat, an *i* pœnæ. Quæ actiones civiles vel honorariæ rei persecutionem habent, eæ perpetuæ sunt: exceptis iis, quæ *k* contra jus civile à prætore dantur. Cujus generis sunt hæ tres, Pauliana, redhibitoria, quanto minoris. Pauliana edicto prætoris nominatim datur intra *l* annum ad revocandum ea, quæ

g l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act. §. 3. Inst. de V. O.

h Inst. de perpet. & temp. act. in pr. l. 3. C. de præsc. 30. ann.

i Quæ a. istæ actiones sint in singulis generibus contractuum disce ex §. sequens. 16. & deinceps. Inst. de act. add. cap. 73. sup.

k l. in honorariis. 35. de O. & A.

l l. 1. & l. 10. quæ in fraud.

quæ à debitore in fraudem creditorum alienata sunt. Redhibitoria edicto Ædilium proponitur intra sex menses: quanto minoris intra *m* annum. Calvisianam ratione patroni *n* perpetuam esse placuit. In pœnalibus actionibus hæc distinctio est. Refert utrum civiles sint, an prætoriæ. Civiles *o* omnes perpetuæ sunt. Constat autem civiles dici, quæ legibus aut qua alia parte juris civilis constitutæ sunt, excepto jure prætorio. Atque hujus generis actiones pœnales quatuor esse animadverto: actionē furti nec *p* manifesti; actionem legis Aquiliæ; actionem injuriarum, quibus ex causis lex Cornelia eam dedit; actionem repetundarum ex lege Julia. Quin & quintam adjiciamus licet Justiniani constitutione demum introductam, de legatis, quæ venerabilibus locis relinquuntur: nam & hæc actio hactenus pœnalis est, quatenus adversus inficientem aut relicti solutionem usque ad in jus vocationem differentem *q* duplicatur. Cæteræ pœnales actiones omnes prætoriæ sunt, ex quibus unica actio furti manifesti perpetua est, reliquæ temporales.

Satis jam exploratum arbitror, quæ actiones ex obligatione temporales sint, quæ item perpetuæ. Tria tamen adhuc cognoscenda; quantum tempus singulis præfinitum; tempus istud quando finiatur; eo finito quomodo actio tollatur. De primo sic habetur; omnes actiones, quæ intra certum tempus dantur, quas easdem temporales appellamus, dari aut intra sex menses; aut intra annum; aut intra biennium. Intra sex menses una est redhibitoria; intra biennium item una *s* de dolo; reliquæ omnes intra annum. Perpetuæ & ipsæ certo temporis spacio finiuntur: nam cum ab initio perpetuæ essent, ex quo nomen re sublatâ adhuc mansit, postea constitutionibus certum *t* finem acceperunt. Tempus hujus generis actionibus præfinitum alias est 100 annorum, alias 40, minimum 30. Centum anni civitatibus ad experiendum dati, quadraginta ecclesiis, reliquis triginta, ultra

m l. sciendũ. 19. §. ult. de ædil. edict. l. 2. C. eod.
n l. 3. §. 1. si quid in fraud. patr.
o d. pr. Inst. de perp. & temp. act.
p §. 4. Inst. de nox. act. Cont. 1. subs. c. 2. tres a. reliquas civiles esse liquet ex l. 1. ad leg. Aquil. l. 5. de injur. l. 2. de l. Iul rep.
q §. si autem. 19. Inst. de act.
r d. pr. Inst. de perp. & temp. in fin. quo loco dicitur, absurdum existimasse prætorē, actionē furti manifesti anno terminare. forte ideò, quia sufficere visum est, civilem, quæ durior erat, mitigasse. vid. Agell. lib. 11. c. 18.
s Ex constitutione Iust. l. ult. C. de dolo.
t Id est, certū tempus, quo & ipsæ finiuntur l. 3. C. de præscr. 30. ann. Inst. de perp. & temp. a. in. r.

ultra quos jure agere non *u* liceat. Generaliter autem actiones semel in judicium deductæ, ac deinde silentio omissæ, ex eo tēpore non nisi præscriptione *x* 40 annorum excluduntur. Annus in jure civili duplex; unus continuus; alter utilis. Annus continuus est, qui constat ex 365 diebus continuis, nulla subductione factâ eorum dierum, quibus experiundi potestas non fuit. Utilis annus est, qui constat totidem diebus utilibus, id est, quibus agi & judex adiri utiliter *y* potest. Utrum igitur tempus in hac distinctione accipimus? Et placuit perpetuas quidem actiones *z* jugi tot annorum cursu finiri: In temporalibus autem tempus ubique utile accipiendum est, nisi si quâ lege continuum *a* nominatim exigatur: ut in actione de dolo *b*.

Finiuntur hæ actiones omnes, cum ultimus temporis præstituti & rectè cœpti dies finitus est. Ita hoc tempus constat & initio, unde cedat, & fine, in quem desinat. Initium temporis ex eo demum die cedit, ex quo primum jure *c* experiri creditor potest. Finis autem talis est in omnibus temporalibus actionibus, ut non finiatur obligatio, nisi totus postremus dies finitus sit, aliter atque jus est in usucapione, in qua annum civiliter, non ad momenta temporum numeramus *d*.

Finiuntur autem dissimiliter. Temporales finiuntur *e* ipso jure, transacto eo tempore, intra quod ab initio datæ sunt. Finiuntur & perpetuæ, finito eo tempore, intra quod conclusæ sunt, sed prescriptione temporis seu exceptione temporali, debitori ob diuturnum silentium creditoris, & spacium longissimi tem-

u l. 23. C. de sac. eccl Nov. 111. & Nov. 131. c. 6. d. l. 3. l. 4 C. de præscr. 30. ann. vid. cap. 30 lib. 1.

x l. ult C. d. tit. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.

y l. 1. de div. & temp. pręs. ubi vide quæ notat Goth. l. 2. de succ. edict. add. Gœd. ad l. cũ bisextum. 98. de V. S.

z Iuge a. idẽ, quod continuum. d. l. 3. & 4. C. de præscr. 30.

a Arg. l. 1. pr. junct. §. annus. unde vi. l. 4. C. de injur. junct. l. 34. §. 2. quod met. ca. l. 35. ff. de O. & A. junct. l. ult. C. ex qu. ca. maj. vulgò tamen & usu forensi receptũ affirmant, ut etiam hîc in dubio tempus accipiatur continuum.

b Cui nominatim pro anno utili biennium continuum præfinitum est. l. ult. C. de dolo. *c Igitur obligatione sub conditione contractâ, cedit cum conditio existit, contractâ in diem, cum dies venit. l. 7. §. 7. C. de præscr. 30. si per conditionem personæ aut ætatis creditor agere non potest, mutatâ eâ conditione, puta filiof. potestate liberato. l. 1. §. ult. C. de ann. exc. Hinc certò liquet id, quod alibi annotavimus, actioni pignoratitiæ nullo tēpore pręscribi posse. vid. d. cap. 30. lib. 2.*
d l. 6. C. de O. & A. junct. l. 6. de usuc. ubi Cujac. vide & Gœdd. in l. anniculus. 132. de V. S.
e d. l. 6. de O. & A. junct. §. finitur. Inst. de usufr. l. eleganter. 24. pr. de pign. act. & simil. ub. & verò quæ actio lege intra certum tempus datur, palam est ultra id tempus non dari.

poris *f* partâ. inter quæ quantum effectu juris intersit, inferius demonstrabitur. Quocunque autem modo actiones hasce tempore finiri placet, una hic communis exceptio est, nisi cursus legitimi temporis interrumpatur. quod quibus modis accidat, memini me primo volumine exposuisse *g*.

f d. l. 4. C. de præscr. 30. d. l. 1. §. ult. C. de ann. except.

g d. cap. 30. lib. 1. unde quæ ad hunc locũ pertinent, desumi possunt.

CAP. LXVIII.

De solutionibus, quæ specialiter ita dicuntur.

HÆc de eo genere liberationis, quod contingit ignorantibus & invitis iis, inter quos obligatio intercedit. Conferamus nos ad alterum, quo obligatio tollitur ipsorum reorum facto & opera. Hujus generis *h* liberatio duplex; aut enim tollitur hoc modò obligatio solutione; aut consensu dissolvitur. Solutio aut vera est, quæ naturalem rei debitæ præstationem habet; aut quasi, quæ quamvis nihil naturaliter præstatur, jure tamen pro solutione habetur. Veram sic breviter definimus, ut sit ejus, quod debetur, uti debetur, præstatio. Complectitur hæc definitio ea omnia, quæ justæ solutionis ad liberationem sunt necessaria. Primum præstationem hic naturalem & re ipsa accipimus, quod & solutionis verbum specialiter acceptum *i* significat. Alioqui generaliter acceptum ad omnem *k* liberationem quocunque modo factam pertinet, magisque ad *l* substantiam obligationis refertur, quam ad rei in obligationem deductæ sive nummorum solutionem. Hæc igitur nota removet hinc tum acceptilationem, tum compensationem & pecuniæ debitæ obsignationem: in quibus nihil naturaliter præstatur numeraturvè: tametsi solutio-

h Est & extraordinariũ quoddam liberationis genus, quod apud nos in usu non est delictum creditoris rem sibi debitã vi auferentis. l. 13. quod met. ca.

i l. solutam. 49. ff. hoc tit. de solut. Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.

k Solvendi verbum variè usurpatur. nã & debitorem solvi dicimus, cum liberatur. l. decimus 116. de V. O. & obligationẽ solvi, cum quavis modo tollitur. l. pront. 80. hoc tit. & rem debitam solvi cum præstatur. d. l. 49. eod. d. pr. Inst. d. tit.

l Quæ quavis liberatione tollitur. l. solutionis. 54. h. l. liberationis. 47. de V. S. Hinc jam intelligitur solutionis verbum generale esse cum ad personam obligato aut ad ipsam obligationem refertur, speciale, cum ad rem debitam: quæ eo nexu quo cum debitore quodammodo tenebatur, solvitur, cum præstatur. vid. & Vultei. ad pr. Inst. d. tit.

nis

nis vim *m* habeant. Secundò id, quod *n* debetur, præstari debet: aliud enim pro alio *o* invito creditori solvi non potest. Aliud esse intelligitur aut in re, quæ debetur; aut in facto. In re, veluti si pro fundo debito pecunia detur, aut pro pecunia fundus, aut si cum res dari debuit, præstetur aliena aut pignori obligata, aut quæ evinci *p* potest. Sanè nummi in alia forma *q* reddi possunt, nisi hoc *r* damnosum sit creditori. In facta aliud præstari intelligitur aut ex specie facti, aut ex facientis persona. Ex specie facti, cum debitor aliud fecit, quam *s* debuit. Ex persona facientis, cum idem quidem fit, quod debebatur, sed ab alio, & res in arte posita est: propterea quod inter artifices longa differentia est *t* ingenii & doctrinæ. Enimverò quo minus *u* volenti creditori aliud pro alio solvatur, nihil est impedimento. Placuit tamen etiam invito creditore aliud pro alio solvi posse duabus ex causis; si aut necessitas cogat; aut debitor facultatem aliud solvendi aliundè acceperit. Necessitas cogit pro re debita æstimationem præstari, ubi ea post moram debitoris periit. Idemque est, si extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non *x* vendat. Facultatem aliud solvendi debitor aut lege accipit, aut testamento, aut conventione. Lege, in actione noxali: nam cum solam damni æstimationē dominus debeat, placet tamen cum noxæ deditione *y* liberari. Testamento, in hoc aut simili legato, Heres meus penum dato; si non dederit, decem dato. Hîc constat post moram sola decem deberi: & tamen placet, si ante litem contestatam penum dederit, eum liberari. Conventione eadem potestas acquiritur debitori tum in

m *Vt inferius suo ordine demonstrabitur.*
n *Aut res aut factum, prout obligatio est aut dandi aut faciendi.*
o *l.2. §.1. si cert. pet. l. manifesti.17. C. hoc tit.*
p *Vid. l. si rem.20. l.26. l. si quis aliā.46. l. 72. §. pen. l.98. pr. ff. eod.*
q *Vid. not. sup. c.23 consule insuper Don. ad l.3. si cert. pet. Gail. 2. obs. 73. Ant. Fab. de nummar. deb. solut.*
r *l 99. h. tit. Damnum autem ex nuda affectione æstimatur, quæ in nummos non cadit. l.3. de in lit. jur. sed ex vero. finge pro aureis nummis reddi minutam monetam, quæ eam quantitatem efficiat, quæ creditori fortè alio pecuniam transportaturo, ad gestationem nimis sit gravis: aut reddi nummos non locabiles is iis locis, quo eos deferre cogitat. Don. ad d. l.3. n.10.*
s *l. qui res. §. mihi. 6. h. tit.*
t *Vlpian. in l. inter. 31. eod. Cæterùm quæ facta nudam tantùm operam desiderant, ab alio æquè expediri possunt, veluti Romam ire. l.13. C. de cont. stip.*
u *l. manifesti. 17. C. h. tit. nam satisfactio pro solutione est l.52. ff. eod. si modò res soluta fiat accipientis. l.46. eod.*
x *Hoc & quod præcedit, est in l. 8. de cond. furt. & l. si domus. 71. §. 3. de leg. 1.*
y *l. 6. §. 1. de re jud. quod proximè sequitur, est in l. 1. de pen. leg.*

simili

simili z stipulatione, tum in obligationibus faciendi omnibus, in quibus si factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, ita tamen, ut debitor ante litem contestatam faciendo a liberetur: nempe quia hanc potestatem ab initio ex conventione accepit.

Tertium exigitur ad justam solutionem, ut solvatur unumquodque, uti debetur. Situm hoc partim in personis ipsis; partim in circumstantiis solutionis. Personæ duæ; is, qui solvit, & cui solvitur. Primùm de solvente videbimus. Et de debitore ipso, quin is rectè solvat, nulla dubitatio est. Excepti tamen, quibus bonorum administratio b interdicta est. De eo autem, qui nihil debet, dubitari potest, an is pro debitore rectè solvat etiam invito creditore, ut ista solutione debitor ignorans liberetur. Et placuit posse, naturalis enim simul & civilis ratio c suasit conditionem alterius etiam ignorantis & inviti meliorem nos facere posse. Creditoris, si alii solvatur, ratio longè dissimilis. Huic soli rectè solvitur, alii d inutiliter. contrariâ nimirum juris ratione, quæ conditionem alterius deteriorem fieri non e sinit. At neutrum illud perpetuum est. Prius enim eadem conditione accipiendum, quam in solvente exigimus, si creditor liberam habeat rerum administrationem. Proinde neque furioso, neque prodigo, neque pupillo aut adolescenti curatorem habenti solvi potest, nisi accedente tutoris aut curatorum f auctoritate. Sed solutio tutore auctore facta ipso jure liberet debitorem, nondum tamen plenam consequitur liberationem. Nam si pupillus nummos acceptos consumserit, aut furto vel vi amiserit, potest adversus istam solutionem in integrum à prætore g restitui: quo impetrato poterit eandem pecuniam iterum petere. Adversus hoc igitur incommodum hæc cautio est, ut debitor pupilli se judicio conveniri à tutore patiatur, conventus

z l. ita stipulatus 115. in fin. de V. O. eadem ratione, si mihi Pamphilum, Titio Stichum dari stipulatus sim, placet promissorem Titio Stichum dando, quamvis is non debeatur, liberari. l. 98. §. 6. h. tit.

a l. 72. pr. junct. l. insulam. 84. de V. O.

b Ideoq; nummi ab his soluti, si extant, vindicari possunt, quamvis consumtis iis liberantur. l. 14. §. ult. h. tit. l. 9. § 2. de auct. tut. exemplo n. pupilli in cæteris idem probandum est.

c l. solvendo. 32. de neg. gest. l. solvere. 53. l. solutione. 23 h. t. l. 16. §. 3. de pign. act.

d l. invito. C. h. tit. §. item si. 10. in fin. Inst. de mand.

e d. l. solvendo. de neg. gest.

f l. 15. h. tit. l. 5. de R. I.

g l. 1. C. si adv. solut. eod. tit. C. si tut. vel cur. interv.

paratum se dicat solvere, si prius judicialis sententia hoc permiserit. Quo subsecuto sequitur hanc solutionẽ plenissima *h* liberationis securitas. Cæterum, quia naturâ æquum est, neminem cùm alterius detrimento fieri locupletiorem, si pupillus, cui non interveniente sententiâ solutum est, pecuniam adhuc salvam habeat, aut ex ea locupletior factus sit, quod ex tempore litis contestatæ æstimatur, poterit iterum eandẽ pecuniam petens doli mali exceptione *i* submoveri. Reditus annui & cæterarum rerum pensiones minoribus tutore aut curatore auctore tutò solvuntur *k*.

Posterius hactenus verum est; nisi alius, cui nomine creditoris solvitur, habeatur pro creditore. Id aut jure ipso quis consequitur; aut voluntate creditoris. Jure ipso tutores & curatores: quippe, qui in rerum administratione pro dominis habentur. proinde si id, quod minoribus debetur, tutori aut curatori solutum fuerit, liberatio † ipso jure contingit: sic tamen, ut metus restitutionis in integrum non aliter tollatur, quam si judicialis sententia, uti diximus, præcesserit. Voluntas creditoris aut præcedit solutionem; aut sequitur. Quæ præcedit jussus est aut mandatum; quæ sequitur, solutiònis jam factæ ratihibitio. Jubendi ratio duplex: aut enim dirigitur mandatum ad eum, cui creditor solutum vult, data ei potestate pecuniæ exigendæ accipiendæque; aut ad debitorem confertur, datâ ei potestate alii solvendi. Prioris generis tres sunt: in liberis hominibus procurator, cui aut generaliter universorum bonorum administratio, aut specialiter ejus debiti, de cujus solutione agitur, exactio *l* mandata est: in servis actor & *m* dispensator: in iis, qui sunt in alterius potestate hi, quibus dominus aut pater peculium *n* habere permisit, quatenus quid à debitoribus peculiaribus solvitur. Atque his quidem omnibus, quamdiu mandatum revocatum aut peculium ademptum non erit, debitores securè solvunt: revocato autem finito vè mandato non aliter quam si illud finitum esse

h l. sancimus. C. de adm. tut. §. 2. Inst. quib. al. lic.

i l. in pupillo. 47. h. tit. d. d. §. 2. Inst. quib. al. lic.

k d. l. sancimus. 25. C. de adm. tut. siquidem & molestum esset quotannis adire judicẽ, & incommodum pupillo diu differre solutionem ejus rei, unde ferè ali solet. Duar. ad tit. C. si adv. sol.

† l. tutor. 37. l. Lucius. 46. §. tutelæ. de adm. tut. etiã si honorarii sint tantùm. l. 14. §. 1. & seqq. l. quæro. 100. h. tit.

l l. 12. l. solutam. 49. eod.

m Quibus administratio rerum dominicarum mãdata est, aut qui exigendis pecuniis præpositi. d. l. solutam. & l. 51. eod.

n l. 29. l. si servus. 32. l. quod servus. 35. eod.

esse *o* ignoraverint. Ad debitorem mandatum dirigitur bifariam; cum creditor debitori jã obligato mandat, ut Titio solvat; in qua specie finito mandato eadem distinctio est, quæ *p* supra: item cum Titium stipulationi inserit, hoc modo, mihi aut Titio dare spondes? ex qua stipulatione constat nullam Titio acquiri obligationem, repugnante regula juris, sed solutionem tantùm in personam ejus *q* conferri. In utraque specie eadem potestas *r* solvendi, nimirum quam verba concedunt: proinde nisi debitor ipsi Titio solverit, non liberabitur, quamvis ei solverit, qui alioqui in jure rerum nostrarum eadem persona nobiscum habetur, qualis est heres, dominus tutor *s*, curator. At in eo dissimilitudo est, quod inhibere ne Titio solvatur non *t* potest, cùm alioqui mandatum in priore specie rectè revocetur. Finitur tamen potestas Titio solvendi stipulatione quæsita tribus modis: capitis minutione Titii in *u* duriorẽ causam, in qua tamen specie usumfructum Papinianus *x* excepit: petitione creditoris post litem *y* contestatam: pecuniæ ejusdem constitutione, si debitor *z* nominatim soli creditori se soluturum constituat. Voluntas, quæ solutionem jam factam sequitur, sive ratihabitio creditoris, mandato *a* comparatur. Una etiam ex causa solutio facta ei, qui pro creditore non habetur, debitori liberationem *b* parit, si pecunia in rem creditoris versa fuerit.

o Ne factum creditoris illis noceat in justa ignorantia. § 10. Inst. de mand. l. 12. l. 18. d. l. 31 & 51. h. tit.

p Ut patet ex iisdem illis locis.

q l. 38. § alteri. de V. O. junct. §. 4. Inst. d. tit.

r Non a. novandi aut acceptum ferendi. l. 10. h. tit.

s l. 9. pr. l. si stipulatus. 81. l. Stichum. 95. §. usumfr. eod. l. cũ quis. 55. de V. O.

t Propter conditionem quã stipulatio accepit. l. 12. §. 2 & 3. l. antep. h. §. 4. Inst. de inut. stip.

u Nempe servitute, deportatione adrogatione. secus si in meliorẽ, puta, emancipatione. l. cum quis 38. pr. hic. junct. l. eum qui 56. §. 2. de V. O. Distinctio sumta ex eo, quod tacitè actum videtur, prout faciliùs aut difficilius solutum à Titio recipi possit actione mandati. & comm. probata, etiam Don. in l. 55. de V. O. tametsi rejecta à Fab. 3. conj. 10. & Cujac. 7. ad Afric. in d. l. 38.

x d. l. 95. §. usumfr. tum quia stipulatoris nihil interest, quo tempore solvatur, cum ad eum redire non possit: tum quia debitoris interesse potest, cui solvat, quod forte speret in persona Titii citius finitum iri.

y l. 57. §. 1. eod. Nam si fatetur debitor, solvere jubetur, si negat, litem contestatur, & novam obligationem suscipit judicati.

z l. 8. de pec. const. secus si simpliciter. l. si ita stipulatus. 59. h. tit.

a l. 12. in fin. ff. l. 12. C. eod. l. ult. C. ad Maced.

b Et quidem ipso jure, si eo animo solvit, ut creditori vero solutum vellet. exempl. in l. 28. l. 34. §. si prædo. l. filia. 88. h. t. alias per exceptionem tantùm, ut in specie. l. 4. sol. matr.

CAP. LXIX.

De circumstantiis solutionis, tempore, loco, itemque quantitate: postremò item de effectu.

DEinceps, ut erat propositum, de circumstantiis solutionis & postremo de effectu, dicatur. Hæ tres; tempus; locus; quantitas. De tempore & loco alibi *c* disputavimus; tantùm de quantitate nunc videndũ. Quantitas hæc versatur aut in jure rei solutæ; aut ipso rei corpore. In jure rei debitæ, quod per solutionem transferri oportet, cum res generaliter debita præstatur, tria exigimus primum ut res fiat accipientis: quod ita fit, si res sit *d* propria debitoris. Secundum, ut ne avocari ex præsenti causa possit: proinde si res pignori obligata soluta sit, debitor nõ *e* liberabitur. Planè si res aliena, aut quæ avocari poterat; post solutionem avocari posse desierit, puta si à creditore usucapta sit, aut nummi bona fide consumpti, aut pignus solutum, ex hoc eventu placet debitorẽ *f* liberari. Tertium est, ut res fiat creditoris pleno jure quamdiu aliquid deest, adhuc aut ipsa res, aut pars ejus peti potest. Res ipsa, non præstitâ cautione de *g* evictione. pars tantùm, puta ususfructus, translatâ in creditorẽ nudâ tantùm *h* proprietate. Hæc omnia & in specie debita eodem modo se habent, si quid eorum facto debitoris, aut post moram ejus contigerit: alioqui secus *i*.

De corpore rei debitæ duplex quæstio. una est, utrũ debitor rem deteriorẽ factam solvendo liberetur, nec ne; quæ quæstio aliquantò antè à me tractata est: altera utrum ad justam solutionẽ rem totam, quæ debetur, solvere oporteat, an verò si quam partem debitor offerat, creditor accipere cogatur, eaque acceptâ debitor pro ea parte liberetur. quæstio pertinens non ad omnes obligationes, sed ad eas tantùm, quæ conditione suâ & naturâ rei divisionem † recipiunt. De eo igitur sic in universum habendum. Cum natura obligationis postulet omninò, ut quo quidque modo contractum

c Supr. cap. 38. & seq.

d l. Cassius. 17. l. si is cui. 94. pr. h. tit.

e l. si rem, 20. l. si hominem. 69. d. l. 94. pr. eod.

f l. is qui 60. l. si pupillo. 66. & l. seq. l. 17. & d. l. 94. eod.

g l. etiam. 27. eod. l. Julianus. 131. §. 1. de V. O.

h l. 38. §. 3. l. si hominem. 69. h. tit. junct. l. cum qui. 56. §. pen. de V. O.

i l. si mihi. 92. h. tit. l. 23. l. si servum. 91. §. 3. de V. O.

† Licebit obiter repetere, quæ de individuis obligationibus disputamus cap. 6. sup.

tractum est, eodem & *k* dissolvatur, partiumque solutio non minima *l* incommoda habeat, idcirco creditorem invitum non cogendum partē oblatam accipere, nec recusantem partis oblationem moram *m* committere. Quod tamen vulgò rectè, ut opinor, sic acceptum est, si de toto debito constet: sin autem de parte tantùm, quam debitor offert appareat, & de reliquo paratus sit judicio contendere, humaniùs facturum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod *n* offertur. Atque ita quidem jus est commune. Cæterùm jure singulari receptum favore libertatis, ut heres decem per partes cogatur *o* accipere, quæ servus, ut liber esset, dare jussus est. In causis quoque publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propriâ ratione particularis solutio admissa, dum tribus cotannis vicibus totæ *p* exsolvantur. Quod si parte à volente creditore acceptâ quæritur, an pro ea parte debitor liberetur, conditio obligationis inspicienda est: nam si obligatio conditione suâ & naturâ rei dividua est, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionē admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte *q* contingit: sin minùs, non nisi toto soluto. Conditione suâ divisionem non recipiunt hæ tres; quamvis alioquin res naturâ suâ dividuas contineant; obligatio generis; alternativa; pœnalis in quibus omnibus placuit debitorē partē rei ex electione solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditionę *r* obligationis; quippe ex qua liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes: quod alioqui in hoc genere evenire posset *s*.

Solutione constitutâ de effectu ejus videndum. Effectus hic, ut tollatur ipso jure obligatio, cujuscunque ea sit generis, aut quomodocunque *t* contracta. Atenim si plures sunt obligationes contractæ ex di-

k l. nihil tam naturale. 35. de R. I.

l Ut dicitur in l. 1. ff. fam. erc.

m Unde in l. 9. C. h. tit. debitor liberari dicitur oblatione & obsignatione, sed totius pecuniæ debitæ.

n Ita vulgò respondent ad l. 21. ff. de reb. cred. Quod a. dicitur in §. 1. in fin. Inst. quib. mod. tol. obl. id, quod debetur pro parte rectè solvi, sic accipiendum est, si creditor partis solutionem admittat.

o [illegible] *§. si decem de statulib.*

p l. pen. C. de fund. patrim. lib. 11.

q l. 9. §. 1. l. si is. cui. 94. princ. h. tit. l. 2. §. 1. de V. O.

r Cui parte tantum solutâ non satisfit, d. l. 2. §. 1.

s d. l. 2. §. 1. l. 5. §. ult. de V. O. & l. 9. §. 1 hoc tit. add. l. 26. §. pen. de cond. ind. l. in executione §. 4. de V. O. vid. item c. 26. sup. circa fin.

t Inst. quib. mod. toll. obl. in pr. l. Stichum. 95. §. 4. hoc tit. l. 5. C. de pact.

versis causis, non continuò solutione unius rei omnes tolluntur, sed ea solùm, in quâ *u* solutum est. Hoc cum non omnino intelligatur, porrò quærendũ est, in quâ causam creditor acceptum ferrè solutum debeat. Et siquidẽ debitor, cum solveret, dixerit, in quam causam acceptum creditor haberet, id servandum est, etiamsi creditor testetur se in aliam causam accipere: solũ hoc ei conceditur, ne *x* accipiat. Si verò debitor nihil dixerit, permittitur creditori tẽpore solutionis constituere, cui potius debito acceptum ferat, dummodò in id cõstituat, in quod ipse si deberet, esset *y* soluturus. At si neuter initio quidquam dixerit, interesse placet, utrum de pluribus summis principalibus agatur, an de sorte & usuris. Si de pluribus summis principalibus, solutum semper acceptum ferendum est in eam causam, quæ debitori gravior est & onerosior, quam primo quoq; tempore sublatã debitori *z* expedit. quarum causarum gradus quosdã veteres *a* observarunt. Quod si omnia nomina similia erunt, quæ *b* antiquior est, durior habetur. In pari autem dierum & contractuum causa *c*, pro rata solutum accipitur. De sorte verò & usuris sic jus est, ut si neuter voluntatẽ suam expresserit, quod solutum est, priùs in usuras, deinde in sortẽ *d* acceptò feratur, si modò usurę jure exigi potuerint. At si ex pacto tantùm naturaliter debeantur, interest utrũ creditori pignus datum sit, nec ne. Si datum non est, nihil retinere usurarum nomine potest, quod non *e* apertè in eas solutum est. Contra dato in sortem & usuras pignore, poterit, id, quod ex pignore distracto redactum est, in usuras licet naturaliter tantùm debitas priùs acceptum *f* ferre. Si tamen quædam usuræ naturaliter ex pacto, quædam ex stipulatione civiliter debebuntur, in utrasque ex æquo acceptò ferendum est †.

u l. 1. l. cum ex pluribus. 103. hoc tit.

x d. l. 1. & 2. l. 1. C. eodem. ergo creditor recusans accipere moram non facit, nec periculo pecuniæ amissæ obstringitur, nisi debitor eam obsignaverit.

y Igitur in duriorẽ causam: ita n. & in suo constitueret nomine. d. l. 1. in fin. l. 3. eod.

z Ex qua [illegible]pelli ad solvendũ potest. l. 103. d. l. 5. §. 1. l. 5. eod. interpretatione sumtâ ex reg. æquitatis, quâ placet favorabiliores esse reos, quam actores. l. favorabiliores. 125. de R. I.

a à gravissimis progressione factâ ad minus graves. vid. l. 4. 7. l. cum ex pluribus. 97. h. tit.

b d. l. 5. pr. l. 24. d. l. 97. l. creditor. 102. §. 2. eod. *c Ex omnibus summis pro portione l. 8. eod.* *d l. 1. C. h. tit. Ergo in eam causam, non quæ debitori, sed creditori expedit. Quippe hîc sine damno & injuria creditoris aliud constitui non potuit.* *e d. l. 5. §. 2. vers. quod generaliter. h. tit.* *f l. Paulus. §. 101. eod. sicut usuras per retentionem pignoris servare potuit, l. pignoribus. 22. C. de usur.* † *d. l. 5. §. 2. in pr. h. tit.*

CAP.

CAP. LXX.

De quasi solutionibus. ac primò de oblatione, deinde & de obsignatione debiti.

HUcusque de vera solutione. Tria sunt, quæ cum solutiones non sint, jure tamen pro solutione habentur, oblatio rei debitæ; ejusdem obsignatio; itē compensatio. Offerre, est rem debitam repræsentare creditori, simulque ostendere se paratum esse *g* solvere, pecuniam numerare, aut rem tradere, modò ille velit accipere. Non omnis verò oblatio, neque semper pro solutione cedit. Primò non est satis rem ita, uti diximus, offerri, nisi ita offeratur, uti oportet. In eo duo sunt; unum, ut sibi debitor prospiciat ad futuram oblationis probationem, adhibitis in eam rem *h* testibus: alterum, ut ita offerat, uti debetur jure, ne quam causam recusandi creditor habeat. Positum hoc tum in personis offerentis & accipientis; tum in re oblata & circumstantiis oblationis. In re & circumstantiis omnia *i* perinde se habent, ut in vera solutione. In personis hoc dissimile, quod ipse debitor creditori ipsi offerre debeat; ab alio aut alii, puta procuratori, oblatum ad liberationem nihil proficiat. Quod si creditor aberit, præsidem adire licebit, ut apud eum offeratur *k*.

Oblationis rectè factæ vis hæc, ut debitor liberetur: non equidem statim & semper: sed tunc demùm, si res postea sine nova mora aut dolo malo ejus perierit. Sic enim habendum; quamdiu res oblata adhuc extat, nunquam solâ oblatione jure communi debitorem liberari: in tantum, ut si creditor, quod oblatum aliquando recusavit accipere, nunc iterum petat, ipse debitor non solvens moram facere incipiat *l*, quæ perinde ei noceat, quasi creditor moram

g l. cùm servus 82. de cond. & dem. in rebus soli suffecerit, si debitor dicat se rem tradere. aut constituat se nomine creditoris possidere arg. auth. dos data. C. de don. ant. nupt. l. quod meo. 18. de acq. poss.

h l. 6. acceptam. 19. C. de usur.

i Nempe ut offeratur oportuno loco & tempore. l. 9. C. de solut. l. 39. ff. eod. ut offeratur, totum quod debetur cum usuris. ne quid de tota summa desit. d. l. 9. d. l. acceptam. nisi aliud convenerit. l. tutor. §. 1. de usur. si debitum non omnè ex parte liquidum, valebit saltem liquidæ partis oblatio. arg. l. 21. si cert. pet.

k d. l. acceptam. 19. junct. d. l. 6. C. de usur.

l l. illud. 17. de per. & com. rei vend. junct. l. si pupillus. 127. de V. O.

nunquam adhibuiſſet. Sed nec *m* uſurarum curſus ſolâ oblatione inhibetur, nec pignora *n* ſolvuntur. Hoc inquam jure communi. At jure ſingulari duabus in *o* cauſis ſola oblatio debitori ſecuritatem parit: una eſt in ſervo manumiſſo, ſi decem dederit: altera in debitoribus vectigalium & tributorum. Extra has cauſas toties oblatio præcedens ad liberationem prodeſt, quoties ſine nova mora aut ſine dolo malo debitoris res oblata periit, etſi culpa ejus *p* arguatur. Cur ergo quod rei interitus adfert, tribuimus oblationi? Nempe quia oblatio liberationis primaria cauſa eſt: ut potè quæ debitori liberationem adferat etiam tunc, cum oblatione non præcedente non liberaretur. Proponamus enim certam quantitatem aut ſummam pecuniæ deberi. conſtat debitorem nullo caſu fortuito earum rerum obligatione liberari: at ſi ea ſumma poſtea in ſpecie creditori oblata ſine dolo malo debitoris perierit, quamvis ea pecunia non magis, quam quævis alia, debebatur, tamen propter oblationem præcedentem placet debitorem *q* liberari. Idem aliquando & in ſpecie debita contingere poteſt: nam ſi res ex eo contractu debeatur, in quo & dolus præſtatur & culpa, debitor oblatione ſua hoc conſequitur, ut ſi res poſtea perierit, nihil amplius præſtare debeat, quam dolum, culpæ communi periculo propter recuſationem & moram creditoris *r* exemptus. Hæc autem liberatio aliàs contingit per exceptionem, ut in ſtrictis judiciis; aliàs ipſo jure, ut in *s* contractibus bonæ fidei, in quibus exceptiones ipſo jure judicio inſunt.

Cæterum hæc ad eam pecuniam, quæ ex conditione non debita præſtanda eſt, non pertinent. Etenim ſi quid conditionis implendæ cauſa oblatum eſt ei, cujus intereſt conditionem non impleri, & per eum ſtat, quominùs accipiat, perinde juxta regulã juris habetur,

m l. tutor pro pupillo. 28. in fine. de adm. tut. l. 1. in fin. l. 7. de uſur. quod tantùm in uſuris ex conventione debitis admittit Cujac. 8. ad Afric. in l. 39. de ſolut. & Fab. 22. err. 6. communis a. ſententia eſt nudâ oblatione ſiſti curſum uſurarum ſine diſcrimine.

n l. 8. C. de diſtract. pign. l. ult. C. de luit. pig. l. ult. C. deb. vend. pig. imp. nõ poſſe.

o Quarũ prior eſt in l. ult. C. de cond. inſt. altera in l. 1. C. de ſuſc. & prab. lib. 10.

p l. Illud. 17. de per. & com. l. 9. ſol. matr.

q Neq; enim eſt æquum, teneri pecuniâ amiſsâ eum, qui non teneretur, ſi creditor pecuniam accipere voluiſſet. ratio Marcelli in l. qui decem. 72. de ſolut.

r d. l. illud. de per. & com. d. l. 9. ſol. mat.

s d. l. qui decem in pr. & fin. pr. junct. l. 5. de reſc. vind. in ſtrictis judiciis neceſſe eſt initio litis exceptionem conteſtari. l. 8. & ſeq. C. de exc.

ac ſi

ac si pecuniâ præstitâ conditio *t* impleta esset. Ut autem pecunia ex conditione præstanda sit, bifariam cōtingere potest. Uno modo, si creditori futuro aliquid tribuatur sub conditione, si alii pecuniam *u* dederit; veluti cum fundus alicui legatur sub conditione, si decem dederit, aut cum ex edicto pigneraticia actio datur debitori, si pecuniam *x* solverit: altero modo, cum debitor futurus promittit pœnam aut usuras, si quam pecuniam non dederit. Vis oblationis in priore genere hæc, ut tribuat actionem offerenti: in posteriore, ut eum liberet periculo futuræ obligationis *y*.

Stet igitur hoc ratumque esto; cum de rei debitæ liberatione ex oblatione quæritur, debitorem non priùs liberari, quam res oblata perierit, & perierit sine dolo malo debitoris. Quod si creditor pecuniâ oblatâ pleniùs sibi consulere velit, aliud ei remedium paratum est, quo adhibito solidam liberationem consequatur, nempe pecuniæ oblatæ solemnis obsignatio. Obsignare pecuniam, est inclusam in sacculo aut cistellula sigillo impresso *z* consignare: unde fides postea *a* constare possit. Obsignatio autem solemniter facta, qualem hic exigimus, tria desiderat.

In primis præcedere obsignationem debet justa *b* oblatio, qualem paulò ante descripsimus: deinde tantam *c* pecuniam, quanta oblata est, ad eum, quem diximus, modum obsignare convenit: postremò obsignatam *d* tuto loco, puta in ædibus sacris, deponere. Tutissima autem depositio est, si deponatur in eo loco, in quo magistratus aditus constituerit *e*.

Eventus hic, ut debitor *f* statim pecuniâ obsignatâ

t l. in jure. 161. de R. I. l. jure. 24. de cond. & dem.
u Hîc oblatio actionem tribuit offerenti. l. ult. C. de cond. Inst.
x l. 9. §. ult. l. 20. §. 2. de pign. act. l. acceptam C. de usuris. Morā tamē creditor purgare potest ante litem cōtestatam petēdo. d. §. ult.
y l. Celsus. 23. pr. de rec. arb. l. 9. C. de usur. Igitur sola oblatio contractam jā obligationem usurarū non tollit: At futura obstare potest, ne contrahantur, si ea interveniēte deficiat conditio sub qua debebantur ita ferè & Menoch. arb. c. 232.
z l. 1 §. si pecunia. 36. depos. l. ult. de leg comm.

a Creditori hæc præstat obsignatio, ut ne de summa deposita quidquā subtrahi possit, quin furtum deprehēdatur, & creditori acquiratur actio adversus depositarium: tum ut sacco resignato sciri possit, utrum summa deposita congruat, nec ne nam si non congruit, debitor non liberatur. Error tamen calculi obesse debitori non debet. Gædd. de cont. stip. c. 12. n. 36. *b* l. 7. ff. l. acceptam. 19. C. de usur. *c* d. l. 19. l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. 9. C. de solut. *d* d. l. 19. l. 1. in fin. l. 7. de usur. l. 10. l. ult. C. de pig. act. l. 8 C. de dist. pig. l tutor. 28. in fin. de adm. tut. *e* d. l. 19 moris apud nos est, ut apud graphiarios aut scribas aliasve personas publicas deponatur. *f* l. 9. C. de solut. at inquis, pecunia manet debitoris. l 17. §. 1. depos. ergo non liberatur. l. 38. §. 1. de solut. Valet hoc argumentum in vera solutione, ad alias liberationes non pertinet, sive ea invito creditore fiant, ut hac, sive per novationem acceptilationemve.

& depoſitâ ipſo jure liberetur: certè quamdiu pecuniam adſe non receperit: cui liberationi conſequentia ſunt hæc; ut ex inde pecunia depoſita creditoris periculo eſſe incipiat; uſurarum curſus inhibeatur; liberentur *g* acceſsiones. Quo jure ergo pecunia conſignata eſſe incipit? Et utique quamdiu in depoſito à creditore relinquitur, debitoris adhuc manere conſtat: ut pote quæ neque in alium tranſlata ſit, neque habita pro derelicto: proinde & veterem actionem in rem tantiſper retinet adverſus quoſvis ejus pecuniæ poſſeſſores; & quia eam depoſuit, etiam novam in perſonam conſequitur adverſus *h* depoſitarium. Eædemque actiones, quamdiu debitor pecuniam obſignatam eſſe patitur, ſed utiles *i* duntaxat, etiam creditori dantur. Sin autem debitor pecunias pro jure ſuo ad ſe receperit, veteri actione utili *k* à creditore conveniri poteſt. Quæ ſi ita ſunt, apparet, quamvis creditor rem rectè oblatam accipere recuſet, tamen debitorem abjiciendo aut eam pro derelicto habendo conſequi non poſſe, ut re peremptâ liberetur. Nam quod vinum doliare impunè aliquando ob hanc cauſam effundi poſſit, id peculiari ratione placuiſſe *l* manifeſtum eſt. Nunc ſeorſum de compenſatione.

g d. l. 19. C. de uſur. l. in omnibus ſpeciebus. ff. de O. & A.

h Nec obſtat, quod eo animo depoſuit, ut creditori reſtitueretur: nam qui hoc paciſcitur, idẽ etiam apertè id agit, ut quamdiu alteri reſtituta non erit, ſibi reſtituatur, in qua ſpecie directam depoſiti deponenti dari ſcriptum eſt in l. pen. C. ad exh.

i Quæ ſententia eſt. d. l. 19. in fin.

k Quia rem depoſitam revocando fecit, ut ceſſaret prior cauſa liberationis. d. l. 19. ex eo igitur tempore interpellatus moram iterum committit. l. 17. de per. & com. nec in ſortem tantum, ſed etiam in uſuras teneri incipit. l. 7. ff. de uſur.

l l. 1. §. ult. de per. & comm. ad d. Cujac. 2. obſ. 36.

CAP. LXXI.

De compenſationibus.

Compenſatio *m* eſt debiti & crediti inter ſe contributio. Hæc etiam, ut dixi, pro ſolutione eſt. & quidem ſemper, ſi creditor ultrò eam admittat. Invito autem eo non admittitur compenſatio: niſi certis conditioni-

m l. 1. ff. h. tit. conſtat a. compenſare, ut & ſimplex, penſare dictum eſſe à pendendo. Pendere a. auctore Feſto, ſignificat pecuniam ſolvere: ab eo, quod cum ære gravi initio Romani uterentur in ſolutionibus, id adpendebant, non numerabant. unde penſiones & penſitationes publicæ. Don. ad §. in bonæ. 30. circ. fin. Inſt. de act.

ditionibus; quæ ſpectantur partim in perſonis; partim in rebus;partim in tempore. Ex perſonis debitor priùs prodeat. De eo generalis hæc definitio eſt: Omnem debitorem creditorem ſuum eundemque debitorem compenſationis objectione removere poſſe, quacunque *n* actione pecuniariè agatur, ſive in rem ſive in perſonam, etſi ea ſit, quæ oriatur ex *o* maleficio. Duæ tantùm actiones exceptæ, in quibus compenſatio in totum non admittitur *p*; depoſiti, ne contra naturam contractus & fidem datam ulla interponatur reddendi mora; item omnis actio; qua poſſeſsio rei alienæ perperam occupatæ *q* repetitur: quæ ſpecies nullam aut retinendi aut compenſandi probabilem cauſam habet. Ad creditores, quod attinet, & hi omnes compenſationi ſunt obnoxii, etiam reſpublica & fiſcus: ſed his quibuſdam in cauſis ad publicam utilitatem pertinentibus neceſsitas compenſationis remittitur quæ particulatim collectæ hæ ſeptem *r* eſſe reperiuntur. Primò in compenſationem non veniunt *s* tributa & vectigalia. Secunda cauſa huic proxima eſt, ſi quis quid debeat ex cauſa *t* annonaria ſive annonæ publicæ. Tertia eſt, ſi quis debitor ſit ex calendario civitatis; in quòd pecuniæ mutuæ ad Calendas fœnori datæ referebantur. Quarta, ſi quis debitor ſit alimentorum, quæ à repub. pauperibus præſtantur. Quinta, ſi fideicommiſſum civitati debeatur. Sexta, ſi quis debitor ſit ejus pecuniæ, quæ ſtatutis ſumptibus deſervit, puta quæ deſtinata eſt ad ſolvenda ſtipendia iis, qui reip. operam navant. Septima & poſtrema, in pretio rei à civitate aut fiſco *u* emptæ. Adde & illud, quod in cauſa fiſcali quæ ab una *x* ſtatione debentur, contra aliam ſtationem com-

n l. 2. l. ult. C. h. tit. d. §. 30. Inſt. de act. l. 10. §. ult. ff. h. tit. niſi aut perſona agentis aut res debita impediat. ut paulò poſt intelligetur.

o d. l. 10. §. pen. Inde dictum eos, qui ſe mutuò deceperunt, invicem de dolo non agere l. ſi duo. 36. de dolo. Item paria delicta mutuâ penſatione diſſolvi. l. viro. 39. ſol. matr.

p d. l. ult. C. h. tit. d. §. 30. Inſt. de act.

q d. l. ult. ſiquidem vim comprobare adverſus bonos mores eſt. l. nihil. 116. de R. I. Don. d. loc. n. 10.

r Quæ omnes ſunt. in l. 3. C. h. tit. exceptâ poſtremâ. quæ, præter duas priores & penultimam, eſt in l auſertur. 46. §. ut debitoribus. de jur. fiſc.

s Quippe quorum ſolutio denegata damnum reiq. adferre poteſt.

t Ad quam cauſam referri debet negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, cujus meminit Pap. in l. ob negotium. 20. h. tit. de quo conſule Duar. 1. diſp. 25.

u Quæ cauſa idcirco penſationem non admittit. quia non ſolent res à civitate vendi, niſi ob res neceſſarias, quarum dilatio civitati damnoſa ſit.

x Propriè ſtationes dicuntur loca, ubi miniſtri fiſci ſtant & conſiſtunt ad res fiſci adminiſtrandas. Hic figuratè ipſi miniſtri, qui portoriis & vectigalibus exigendis præſunt, & ſine figura ſtationarii dicuntur. l. 5. C. de vect. & comm. ſic officium pro officialibus, miniſteria pro miniſtris dicta alibi legimus.

penſatio-

pensationem non admittant, ne extra superiores quidem causas: quod jus propter confusionem officiorum in fisci stationibus tenaciter *y* servandum est. Non idem placuit in pluribus stationibus tutorum, quamvis divisâ administratione. Et vero æquitas non patitur, ut propter officium & personam agentis compensatio differatur: nam divisio tutelæ, quæ non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit, & inter ipsos tutores locum habet: cum pupillo autem experiri volentibus obstare non debet *z*.

In rebus ad compensationem pertinentibus hoc exigitur, ut quantitas seu pecunia utrinque debeatur. Hac definitione tria, complectimur ad compensationem necessaria. Primum est, ut quantitas cum quantitate seu pecunia cum pecunia *a* pensetur: omninò enim probamus sententiam vulgò receptam, Neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse; multoque minùs *b* speciem cum specie. Quod ergò supra dictum est, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic erit perpetuò accipiendum, ut in actionibus tum in rem tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut facto debitoris amissâ æstimatio ejus deberi *c* cœperit. Secundum est, ut pecunia sit debita. Debitum hîc accipimus & quod peti cum effectu potest: & quod naturâ debetur duntaxat: quamvis enim quod summo jure debitum per *d* exceptionem removeri potest, ad compensationem non pertinet *e* naturale tamen debitum in compensationem venire potest. Cæterùm præsens debitum esse oportet:

y l.1.C. hoc tit. cui hoc addit Don. ibid quod facilè fieri posset, ut à statione, quæ debet, ignorante compensationem cum alia factam, utrum compensatio exacta admittatur: unde reip. creetur periculum.

z Collectio Pap in l. inter.36. de adm.tut.

a l.4. C.h. tit. idque etymologia verbi satis confirmat, quoniam nihil aliud, quam debita invicem pecuniæ contributio significatur.

b Nam si aliud pro alio invito creditore solvi non potest, nec compensari poterit: cum compensatio nec alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est. d.l.4. At cum utrinque pecunia debetur, pensatione idem rependitur, quia præstatur tantundem. plura Don. dd. loc.

c Sicut de actione in rem scriptum est in l.15.§.ult. de rei vind.

d Videl. pacti, rei judicatæ, aut jurisjurandi. l. quæcunque h. tit.

e l.6. eod. item quod non ex obligatione proficiscitur, sed officio judicis accedit. l.15. eod. ea quoque de quibus jam lis contestata est: ne diligentioris conditio deterior sit. l.8. eod. arg. l. non solet. 83. de R. I.

oportet: quod verò in diem debetur non *f* ante pensari potest, quam dies venerit. Planè intra diem ad judicati exsecutionem datum compensatio admittitur, quippe is dies obligationis dies non est, sed humanitatis gratiâ tempus † indulgetur solutionis. Tertium est, ut hæc pecunia debeatur utrinque primum ei, qui compensatione uti velit: alii debitum in compensationem *g* non venit. Deinde ut debeatur ab eo, cui compensatio objicitur: nam inconditum est alii compensationem objicere, quam ei, à quo per eam liberari *h* volumus. Ad extremum partis quoque compensatio admittitùr, ut ea fiat usque ad concurrentes debiti & crediti quantitates *i*.

De tempore objiciendæ compensationis ita jus est, ut si causa, ex qua compensatio objicitur *k*, liquida sit, quovis tempore opponi possit, etiam post rem judicatam ante executionem *l* sententiæ. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & justa est, & vera, & talem esse vel in præsentiâ constet confessione adversarii, vel celeriter & expeditè *m* probari possit. Si verò causa nec liquida sit, necesse est exceptionem compensationis initio litis *n* contestari. Hæc ita, nisi compensatio in alia petitione jam antè objecta sit *o*.

Admissæ compensationis gemina potestas, ut pro solutione *p* ipso jure habeatur, propterea quod & ipsa numerationem quandam brevi manu continet; ut habeatur ex eo tempore, ex quo utrinq; deberi pecunia cœpit. Id verò nosse cũ ad alias res apprimè utile est,

f l. 7. h. tit. Cur ergo valet id debitum ad retentionem soluti? l. 10. ff. de cond. ind. nimirum qui solvit, volens solvit: compensatio a. objicitur invito.

† Hoc Papin. in l. militi. 16. §. 1. eod.

g l. 9. C. eod. ne volente quidem eo, cui pecunia ab eodem creditore debetur. l. 18. §. 1. ff. eod. in quo iterum distat compensatio à vera solutione. Procurator a. in rem suam datus æquitate compensationis utitur ejus pecuniæ, cujus actiones ei cessæ sunt. d. l. 18. pr. Item filiusf. sicius pensare potest, quod patri ex ea causa debetur. l. 9. §. 1. eod. quia unus hic contractus est, & obligatio patri quæsita:

h Exempl. in l. 16. pr. & l. pen. h. tit.

i l. 4. C. l. 11. & 19. ff. eod. nec movere debet, quod diximus partis solutionem invito creditore non admittit. Nam in compensatione cum altera pars jam apud creditorem sit & ab eo retineatur, perinde haberi debet, ac si eam volens accepisset.

k l. ult. C. h. tit. §. 30. Inst. de act. olim obiici poterat etiam ex causa non liquida.

l Nempe quia pro soluto est. l. 2. C. eod.

m Vid. Menoch. arbitr. 14 Don. ad. d. §. 30. n. 8. & ad d. l. ult. n. 7. & 8.

n Arg. l. 8. & seq. C. de except. Don. dd. loc. n. 9.

o Nam si cui petitioni semel specialiter designata est, in cæteris non obiicitur. l. 13. h. tit.

p l. 4. C. eod. l. 4. l. 10. pr. l. postea quam. 21. ff. eod. add. hîc Cujac. 8. obs. 16.

cum

tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse *q* intelliguntur. Sed quæcunque vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est; sin minus, tantum salva ei manet vetus † petitio. Quid si judex contemtâ pensationis objectione debitorem condemnaverit? adhuc dicendum est, salvam manere petitionem: Utique si solùm rationem compensationis oppositæ non habuerit: sin autem reprobaverit eam, obstabit compensare volenti rei judicatæ exceptio *r*.

q d. l. 4. C. d. l. 4. l. 11. & seq. ff eod. l. 43. de sol. prodest item jus compensationis ad hoc, ut qui compensare poterat, si solverit condicere possit, tamquam indebito soluto. d. l. 10. §. 1. etiam si naturâ tantùm invicem debebatur. quod superioribus est consequens. † *l. 2. & l. 5. hoc tit.* *r Distinctio Ulp. in l. 7. §. 1. eod.*

CAP. LXXII.

Quæ obligationes quibus conditionibus solo reorum consensu dissolvantur: atque inibi de in diem addictione, & de lege commissoria.

PRima ratio tollendæ obligationis operâ & facto reorum sic est in solutione & iis factis, quæ vice solutionis funguntur. Secunda species ejusdem generis, est consensus reorum. Consensu reorum dissolvitur obligatio, cum utriusque eorum voluntate ab obligatione receditur. Ajo disertè utriusque: nam unius voluntas ad dissolvendam jure communi obligationem non valet: siquidem traditum est initio quidem liberam cuique potestatem esse habendi vel non habendi contractus: at obligationi semel constitutæ renunciare adversario non consentiente neminem *s* posse. Sed jure inquam communi: nam in mandato & societate proprio quodam jure aliud receptum est, ut demonstrabitur cap. ult. inter cæteras liberationes generis ejusdem. Non quovis autem consensu quævis solvitur obligatio, sed aliàs consensu nudo, alias cum aliud quid ad consensum accesserit. De quo ex genere obligationis statuendum. Nam quæ obligationes aut solâ æquitate nituntur, aut nudo constant consensu, sola etiam æquitate & consensu contrario dissolvuntur.

s l. 5. C. de O. & A. ac ne ex rescripto quidem principis. l. 3. C. de resc. vend.

cæteræ

cæteræ verò non aliter, quam si quid aliud ad consensum accesserit. In quo ordinem sequimur naturæ: cum nihil tam naturale sit, quam ut eo modo unumquodque dissolvatur, quo colligatum est, rebus in contrarium *t* actis. Obligationum, igitur, quæ solo consensu dissolvuntur, duo sunt genera; naturalis omnis & civilis eæ, quæ nascuntur ex iis contractibus, qui solo consensu fiunt. De naturali obligatione traditum est, eam *u* justo pacto aut jurejurando *x* ipso jure tolli: atqui hoc nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Quamvis enim hæc obligatio etiam ex aliis causis quam consensu, nascatur, contracta tamen solo æquitatis vinculo sustinetur; quod contrariâ conventionis æquitate dissolvitur *y*.

De civilibus nudi consensus obligationibus cõstans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita cõtrario consensu *z* dissolvi. Sed in eo duæ sunt conditiones. Prior hæc est, ut recedatur rebus integris: altera, ut sit etiam ea persona utriusque, ut uterq; alterum possit liberare. Ut res sit integra duobus temporibus accidit; initio contractus semper; obligatione contractâ interdum. Initio contractus seu in negotio gerendo quæcunque conventio interponitur, ea servanda est: ut quæ legem contractui det, & pars ejus contractus *a* efficiatur. Quocirca si in re contrahenda convenerit, ut certâ conditione ab emptione aut similibus contractibus recedere liceat, conventio hæc non minus servanda est, quam cæteræ, quæ in continenti adjiciuntur, & existente quandoq; conventionis conditione *b* resolvetur obligatio. Conventiones hujus generis sunt; ab emptore si res vendita intra certum tempus displicuerit, ut liceat *c* reddere; à venditore pa-

t l. nihil tam naturale. 35. l. ferè. 153. de R. I.

u Id est, unde quidem. sed licito: sicuti conventionem justam dicimus, quamvis nudam. l. tale pactum. 40. §. 1, l. epistolæ. 52. §. 2. de pact.

x l. Stichum. 95. §. 4. de solut. cui non obstat. l. si unus. 27. §. 4. de pact. neque n. ibi quaritur de naturali obligatione per pactũ tollenda: sed de ea, quæ manente civili obligatione per prius pactum de non petendo sublata erat, per posterius de petendo redintegranda, ut efficaciter agi possit. Hic si exceptio priore pacto quæsita in jure proponatur, posterius pactum eam non elidet ipso jure, sed per replicationem tantum. idq; est, quod ibid. dicitur, in pactis factum versari.

y Ratio hujus liberationis propria reddita à Papin. in d. §. 4. l. 95 de solut.

z l. ab emtione. 58. de pact. §. ult. Inst. quib. mod. toll. obl. l. 1. 2. C. qu. lic. ab emt.

a l. 7. §. quinimo. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. 5. C. de pact. int. empt. l. 23. ff. de reg. jur.

b Cujusmodi conventionum exempla passim occurrunt in d. tit. C. de pact. int. emp. Huc pertinent, quæ propriis tit. tractantur in C. Si manc. ita ven. Si manc. ita ven. al. Si serv. exp. ven. & in ff. de serv. exp.

c l. 6. C. de resc. vend.

ctum de retrovendendo, ut venditori heredivè ejus quandocunque vel intra certum tempus pretium *d* referenti res vendita restituatur. quarum pactionum vis diligenter observanda. nam si emptor pretium nondum solvit, venditor rem nondum tradidit, neuter eo nomine obligatus est: si verò ille pretium solverit, hic rem tradiderit, uterque actionem habet ad repetendum id, quod dedit, sive ex empto, sive *e* præscriptis verbis. Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur; addictio in diem, & lex commissoria: de quibus operæ pretium est paulò accuratiùs disputare.

In diem *f* addictio his verbis transigitur; Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat. Duo igitur hîc quærenda: primùm, quando conditio addictionis existat: deinde, quis existentis sit effectus. Existit, ut verba ipsa ostendunt, si alius intra præstitutam diem meliorem conditionem attulerit. In eo sextuplex inest conditio partim expressa verbis, partim ex sententia contrahentium admissa. Prima est, si alius & secundus emptor, nec *g* subdititius existat: extraneus is sit, an unus è cõtrahentibus nihil *h* interest. Secunda est, si is meliorem conditionem faciat. Melior conditio venditoris fieri intelligitur; aut quantitate, si quid pretio secundus emptor adjecerit, aut tempore, si maturiorem adferat solutionem; aut loco, si locus oportunior solvendo pretio dicatur; aut ex persona, si idonejor accedat ad emptionem; aut denique priorum onerum sublevatione, si ematur levioribus conditionibus, quamvis pretio *i* viliori. Tertia conditio est, si intra diem venditor vivat, aut ei mortuo heres ante diem *k* existat. Quarta est, si primus emptor de conditione meliore

d l. 2. C. de pact. int. emt. de quo genere pacti consule Don. ad d. l. 2. Gail. 2. obs. 16. Gom. 2. res. 2. n. 27.

e d. l. 6. & d. l. 2. At cur, cum hîc actio sit ex contractu certo & nominato, placet præscriptis verbis dari contra l. 1. 2. & 3. de præsc. verb? Dicemus eam, quæ in vetere dubitatione sola interim admissa fuit, etiam postea quæstione decisâ in his speciebus mãsisse. l. 4. pr. de leg. com.

f l. 1. de in diem addict. ducta appellatio ab hastis sive publicis auctionibus, in quibus res addicebatur post 20. dies pretium augenti. l. 4. C. de fid. & jur. hast. fisc. lib. 10.

g Id est, quem venditor subjecit. l. 4. §. cum igitur. l. 14. de in diem add.

h Conventio n. servanda est. l. 13. §. ult. l. 18. eod.

i d. l. 4. §. ult. & generaliter, quidquid adfertur ad utilitatem venditoris, id meliorem conditionem facit. l. 5. eod.

k Quod hac ratione veteribus placuit: quoniam non potest intelligi melior conditio allata, quæ domino placeat, cum is, qui vendat, non existit. l. 7. & 8. eod.

allata

allatâ certior factus à venditore *l*, nihil ipse adjecerit. Quinta si venditor meliorem conditionem allatam admiserit: sin eâ *m* abjectâ priorem secutus erit, manebit vetus emptio: nisi nominatim convenerit, ut liceret *n* resilire emptori meliore conditione allatâ. Sexta est, si non item posteriori emptori res in diem addicatur: nam qui secundo emptori iterum addicit in diem, declarat sibi non esse meliorem conditionem allatam. Sed tamen & hoc ita, nisi aliud nominatim *o* actum sit. Existentibus his conditionibus rescinditur venditio, & res fit inempta. Effectus rescissionis, ut res ipso jure absque ulla traditione retro ad venditorem *p* redeat, eamque vindicare à quocunque possessore possit. est & exempto actio adversus venditorem, quâ cogatur & rem ipsam & commoda omnia, quæ ex eo tempore, ex quo emptio finita est, ad eum pervenerunt *q*, restituere. De medii temporis commodis & incommodis ambigi potest. Sed cum fundo in diem addicto emptio purè contrahi intelligatur & sub conditione resolvi, nisi quid aliud *r* actum sit, dubitare non oportet, quin ad venditorem interim commoda & incommoda pertineant, ex lege *s* communi perfectarum emptionum. Cæterùm hoc ipsum non aliam vim habere potest, quam ut, si conditione addictionis deficiente emptio perseveret, ea omnia cum *t* effectu emptorem sequantur. Existente verò conditione, ut res fit inempta, ita & fructus & quidquid inde vel medio tempore ad emptorem pervenit, id venditori restituere debet, consecuturus vicissim à venditore & pretium, si quid de pretio solvit, & immunitatem, si quid in rem emptam impendit: idque aut retentione fructuum, aut si hi non sufficiant, actione exempto *u*.

l Non enim videtur melior conditio, quam emtor adjectione superat, quod ex conditione licet. l. 7. & 8. eod.

m Potest n. eam non admittere. l. 9. eod. ut pote cujus solius gratiâ adjecta intelligitur. Eâ n. semel admissa, à priore emtione recessum est, etiamsi is, qui pretium auxit solvendo non sit, aut civiliter non teneatur. l. 14. §. 2. 3. eod.

n Nam tum emptoris tantâ conditionem adjici palam est. d. l. 9.

o Sententia l. 11. princ. eod.

p Non tanquam rursus acquisita venditori, sed quasi nunquam emtoris facta, deficiente videl. titulo, quo translatio nitebatur. l. 31. de acq. rer. dom. l. si quis 41. de rei vind. arg. l. 4. C. de pact. int. emt. ita & Fab. 22. err. 10.

q l. imperator. 16. de in di. add.

r l. 2. 3. & 4. pr. eod. sc. ut emtio sub hac conditione contraheretur, si alius meliorem conditionem non faceret.

s d. l. 4. §. 4. §. cum autem. Inst. de empt.

t d. l. 2. in fin. l. 3. & 6. eod.

u d. l. 4. §. 4. d. l. 6. & l. 16. eod. dissent. Covarr. 3. resol. 9. in fin. qui fructus emtori tribuit, ubi, emtio purè contracta sub conditione resolvitur.

Addictioni in diem proxima est lex x commissoria, iisdemque regulis juris consistit: nam ut in diem addictione, sic lege commissoriâ purè contrahitur emptio & resolvitur y sub conditione, nisi quid aliud disertè placuerit. Tantùm dissimilis est utriusque conventionis conditio. Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta. Ex hac lege resolvitur emptio duabus conditionibus. Prior verbis exprimitur, si pecunia ad diem soluta non erit. Manebit igitur emptio, si pecunia ad diem soluta sit: sin minùs, ipso jure sine alia z interpellatione dissolvitur. Solvisse autem quoad potestatem legis commissoriæ etiam eum accipimus, qui pecuniam † obtulit, aut cum solvere paratus esset, neminem habuit, cui a offerret. Altera conditio est, si commissoriam exercere venditor b velit. Ductum hoc ex sententia legis & contrahentium. Etenim ex fine c conventionis satis apparet legem venditoris causa adjici. quapropter si velit, lege uti poterit: sin juri suo malit renunciare, res non erit inempta. Enimverò si commissoriam semel d elegerit, non poterit postea variare. Effectus commissoriæ planè e idem, qui addictionis in diem: nisi quod emptor, si quid arrhæ nomine dederit, amittat f.

Contractâ jam obligatione accidit, ut res adhuc sit integra, ac proinde consensu solo ab obligatione discedi possit, si nihil dum præstitum erit eorum, quæ ex natura contractus præstari debent. veluti, exempli gratiâ, si neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore g solutum est. Sin verò horum quid secu-

x Dicitur lex, id est, pactum contractui adjectum, temperandi contractus causâ. l. 22. l. 33. l. 77. & 2. seqq. de cont. emt. l. 10. C. de pact. dicitur lex commissoria, quia res emta committitur hac lege vēditori, sicuti pœna aut stipulatio conditionalis committi dicitur stipulatori, aut merces fisco, sicut ostendit. Don. ad l. 3. §. Cat. de V.O.

y l. 1. & 2. ff. de leg. com.

z l. 4. §. ult. eod. cum debitor adjectione diei satis admoneatur. l. magnā. C. de cōt. stip.

† Multò magis ergò. qu. obsignavit. d. l. 4. §. ult. l. ult. de leg. com. quamvis a. oblatio sola debitorem liberare non solet: facit tamen, ne in pœnam futuri temporis incidat, quæ solutione pecuniæ vitaretur. l. 20. de recep. arb. vid. sup. cap. 70.

a d. l. 4. §. ult. quod ex eo est, quod mora in re fieri intelligitur, ubi nemo existit, qui conveniatur. l. 23. §. ult. de usur.

b l. 2. & 3. de leg. com.

c Adeoq; absurdum & iniquum foret, rem emtoris arbitrio permittere. d. l. 2.

d 2. d. l. 4 §. 2. sive verbis aperte sivè factis, ex quibus electio colligatur. exempl. in l. 8. § ult. l. pen. eod. l. 4. C de pact. int. emt.

e l. 1. d. l. 4. pr. l. 5. & ult. d. tit. d. l. 4. C. de pact. inter emt.

f l. 6. pr. ff. d. tit. haud dubiè ideo, quia emtor, suâ die non solvens pecuniam venditorem frustratur.

g l. ab emtione. 58. de pact. l. 3. l. 5. §. ult. de resc. vend. §. ult. Inst. quib. mod. tol obl. idem est, si restitutis iis, quæ ab initio præstita sunt, convenerit, ut à negotio discederetur. d. l. 58.

tum erit, solo consensu ampliùs effici non potest, ut ab emptione recedatur, obstante videlicet veteris juris regulâ, ex nudo pacto *h* actionem non nasci. Planè si quid arrharum nomine datum erit, aut fidejussor intervenerit, nihilominùs res integra esse intelligitur, & nudo consensu ab obligatione recedi potest *i*.

Altera conditio sumta fuit ex personis contrahentium, ut ab emptione & similibus contractibus nudo consensu rebus integris recedere liceat, si eæ personæ sint, quæ se mutuò liberare possunt. Alioqui si unus tantùm remittere obligationem poterit, manebit utriusque persona *k* obligata. Non solùm autem consensu aperto superiores obligationes dissolvuntur, sed etiam tacito. quod in tribus hisce generibus à veteribus constitutum; si fundus certæ rei *l* contemplatione viliori pretio venditus est, nec fides commissi impleta; si unus alteri acceptum fecit, vel aliter eum *m* liberavit; si quis rem ab alio priùs emptam rursus ab eodem pluris aut minoris emat *n*.

h Quod futurum esset, si liceret ad bus non integris nuda conventione recedere. d. l. 18. in fin.

i l. 11. §. is qui vina. 6. de act. empt. l. 3. de resc. vend.

k Cujus rei ratio redditur in l. 1. de resc. vend. hac, quod pro una parte contrahentium abiti pacto ab emptione non potest exemp. in l. 5. §. 1. d. tit.

l l. 6. C. de pact. int. emt. secus, si legi generatim dicta päritum non est. l. 14. C. de resc. vend.

m Quasi & aliter isto facto sit liberatus: l. 5. p. ff. de resc. vend l. ult. de accept.

n Quod factum perinde habetur, ac si à priore emtione recessum sit. l. 2. de resc. vend. l. 7. §. adeo. de pact.

CAP. LXXVIII.

De novationibus.

JAm quæ obligationes solo consensu non dissolvuntur, cujusmodi sunt omnes reliquæ, exceptâ naturali & civili nudi consensus, si re adhuc integra recedatur, tolluntur illæ quidem etiam citra solutionem consensu, sed non nisi duobus hisce remediis intervenientibus, novatione, aut acceptilatione.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque *o* translatio. Ejus binæ *p* species, voluntaria una, altera necessaria. Voluntaria novatio est, cum nova obligatio novandi animo constituitur, sive id fiat per stipulationem, sive judicio nullâ necessitate actionis susce-

o l. 1. ff. hoc tit. consule de hac definitione Gœd. cap. 5. de cont. stip. conc. 7.

p Quæ indicantur in l. 11. §. 1. & l. aliam. 29. h. tit.

pto. Per stipulationem novatio fit, cùm creditor, quod sibi debetur, vel aliud pro eo, stipulatur aut à debitore ipso; aut ab alio quovis novandi causâ. Tria igitur in hoc novationis genere necessaria; obligatio nova; vetus; animus novandi. In nova obligatione, in quam veterem hîc transferri volumus, hæc consideranda; stipulatio; conceptio stipulationis; res promissa; personæ novantium. Primùm stipulationem hîc exigimus, ut intelligatur sola *r* stipulatione qualemcunque obligationem novari & in verborum obligationem transire, nudo autem *s* consensu nequaquam. Concipitur stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione. Si purè aut in diem concepta est, statim prior novatur obligatio: quamvis ex posteriore agi non ante possit, quam *t* dies venerit. At si concepta sit sub conditione, non priùs novatio contingit, quam *u* conditio exstiterit stipulationis. Quod si id, quod in diem aut sub conditione debetur, purè promittatur novandi causâ, perinde habendum est, ac si dies aut conditio in priore stipulatione adjectâ in posteriore *x* repetita foret. Res, quæ in novam obligationem deducitur, aut est eadem, quæ priùs debebatur; aut aliud pro *y* ea: Nam & aliud pro alio volenti creditori rectè solvitur. Planè quæ res debitæ in alios transire non possunt, sed personæ nostræ *z* cohærent, qualis est ususfructus, in eas novatio cadere non potest. De personis hoc observatur; Creditores omnes, quibus suo nomine rectè solvitur, qui iidem liberam bonorum administrationem habent, etiam stipulando priorem obligationem tollere possunt: alioqui, nisi conditionem suam meliorem faciant, tutorum aut curatorum *a* auctoritas interponi debet. Alius autem, quam ipse creditor, novandi jus non habet, nisi is sit, qui aut pro domino habetur, aut voluntate creditoris rem administrat.

r d. l. 1. §. 1. l. 2. ff. l. 3. in fin. C. eod.

s Ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ostendit Gœd. d. cap. 5. conc. 6. n. 40.

t l. 5. l. 8. §. 3. Hoc. tit.

u d. l. 8. §. 1. & 2. cæterùm non commissâ stipulatione non contingit, cùm nulla nascatur obligatio, quæ novetur. l. novatio. 21. eod. exemp. in l. 14. in fin. l. si rem. 31. eod.

x d. l. 14. §. 1. & arg. l. 5. eod. l. 12. de accept.

y Exemplum in l. fundum. 28 hoc tit.

z l. si mulier. 59. §. 1. de jur. dot. exempl. apud Ulpian. in l. 4. h. tit. plane qui mandatu meo ejusmodi jus mihi debitum alteri constituit, potest exceptione doli aut in factum se adversum me tueri. d. l. 4.

a l. 3. l. novare. 20. ff. eod. consimiliter planè, ut fit in solutione.

Hinc

Hinc placet tutores curatoresve, item *b* procuratores omnium bonorum, si hoc expediat, novare posse. Multoque magis, cui id nominatim mandatum, aut qui procurator in rem suam datus est *c*.

Diversa ratio est personæ debitoris. Non solùm debitor omnis, cui non est *d* interdicta rerum administratio, novandi causâ utiliter promittit: sed etiam alius quivis pro eo. Nec quidquam refert, quis quo impellente promittat, aut quomodo obligationem novam suscipiat. Primùm in persona inquam promittentis nihil interest, utrum *e* solvendo sit, nec ne, si modò sit *f* liber & ea conditione personæ, ut verbis vel civiliter vel naturaliter obligari possit. nam etsi pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, prima tamen obligatio novationis jure tollitur translata in posteriorem: quæ licet inutilis sit atque ad agendum inefficax, naturaliter tamen tenet, sufficitque novam personam *g* intervenisse. Secundò nihil interest, cujus impulsu extraneus promittat; utrum a debitore adhibitus, an sua sponte ad liberandum novatione debitorem accedens. Si debitor eum adhibeat, species novationis est, quæ delegatio dicitur. Est enim delegare, vice suam alium † reum dare creditori. Propter hujus novationis obiter notanda sunt hæc duo; unum in facienda novatione: de quo hoc præcipitur; Nec invito creditori quemquam; nec debitorē invitum creditori creditoris sui *h* delegari posse. Alterum in effectu novationis, ut delegatus sine ulla exceptione teneatur. Ultrò si quis pro debitore promiserit, debitor etiam *i* ignorans & invitus liberatur, perinde quasi pro eo solvissit. Denique non tantùm stipulatione

b *d. l. 20. §. 1. l. ult. §. 1. eod. Hujus modi a. procuratoribus similes sunt in debito peculiari servus & filiusfa. quibus peculii administratio concessa est. d. l. ult. pr.*

c *Arg l. 27. §. ult. de jur. Qui verò in hoc numero non sunt, novare aeutiquam possunt. l. 3. l. 23. C. de pact. ne is quidem, cui alias solvi potest. l. 21. & 25. h. tit. unde intelligitur, temperandum esse l. 10. eod cum Gothofr. ibid.*

d *Nam pupilli, adolescentes prodigi, promittentes, quod debent, obligationem novare non possunt, nisi meliorem conditionem suam faciant. l. 3. eod.*

e *l. inter. 26. §. 2 ubi & ratio. ff. mand.* f *Servus n. novationis non est capax §. præterea. Inst. quib. mod. tol. obl. quippe nec intercessionis. l. 3. §. 5. & 6. de pecul. cujus species quædam est novatio. l. 2. §. ult. ad Vellei. rationem obiter reddidi c. 63. sup.* g *d. l. 1. in fin d. §. præterea. Inst. quib. mod. toll. ob.* † *Id est, alium debitorem, qui translatâ à nobis obligatione, si substituat. l. 11 h. tit. l. 3. C. eod.* h *l. 1. & l. 6. C. eod. non obstat, quod nemo prohibetur actiones suas alii cedere invito debitore. d. l. 1. Aliud n. est veteris debiti exactionē alteri mādare, aliud vetere obligatione sublata nova debitorē implicare, cui nemo nisi volens obstringitur. l. 5. C. de O. & A. add. VVes. in par. litis in fin.* i *l. 8. in fin. hoc tit. l. debitor 91. de solut.*

nomine debitoris obligatio novari potest, sed etiam judicio sponte pro debitore suscepto *k*.

Præter novam obligationem est etiam vetus, quæ in novam deducatur. De ea satis hoc in universum tenere; Omnem obligationem præcedentem, quocunque modo ea contracta sit, verbis novari posse: dum ea in novam verborum obligationem deducatur novandi *l* causâ. Nec quisquam existimet, cùm hoc statuimus, contrarium id esse regulæ naturæ de solvendis obligationibus: nam in novatione, ut sæpè diximus, solutio quædam est *m*.

Postremò in voluntaria novatione animus novandi exigitur. Ut maximè ergò vetus debitum in novam obligationem deducatur, tamen novatio non aliter fit, quam si hoc agatur, ut *n* novetur prior obligatio. Cùm autem apud veteres *o* incerta esset hujus animi probatio, Justinianus apertissimè definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem *p* interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere *q*.

Effectus hujus novationis duplex; novæ obligationis constitutio; & prioris debiti liberatio. De nova obligatione hoc præceptum esto; Posteriorem debitorem ex ea ita teneri novo creditori, ut quam exceptionem adversus creditorem suum priorem habuit, eâ adversus posteriorem *r* non utatur. nisi fortè causa exceptionis eadem sit adversus novum creditorem, quæ adversus veterem fuit; ut puta delegavit quis mulierem, quæ apud se intercesserat, creditori suo, mulier

k Non si quis simpliciter tanquam absentis defensor litem alieno nomine suscipiat: sed si litis se obtulit, ut obligationem suam faceret. l. 11. §. 1. h. tit. de quo genere est in l. 21. de solut. l. 10. §. 1. de in rem. vers. planum est a. hanc esse speciem novationis voluntariæ.

l 1. & 2. h. tit.

m Qualis est, cum pro eo, quod debetur, præstatur aliud volenti creditori. l. manifesti. C. de solut.

n l. 2. in fin. l. 8. §. 2 & ult. l. fundum. 28. ff. l. 3. in fin. C. eod.

o Cujus incertitudinis vestigia apparent in d. l. 8. §. 1. & deinceps.

p l. ult. C. h. tit. §. præterea. Inst. quib. mod. toll. obl. si quo igitur in loco ff. admittatur novatio sine aperta conventione, ut in l. 44. §. ult. de O. & A. sciamus hujusmodi locis superiore constitutione esse derogatum.

q d. l. 2. in fin. d. l. ult. C. eod. sed tum sint obligationes unius rei, si ex una solutum erit, altera quoque continuo tolletur. d. l. 8. §. ult.

r Ne eâ quidem, quâ se delegatus tueri poterat adversus delegantem. exempl. in l. 13. 19. pen. eod. Etenim ex cujus persona quis convenitur, ex ejus persona exceptionem objicere potest. l. 4. §. de auctore. de dol. exc. Iste. At delegatus convenitur non ex persona delegantis, sed creditoris, qui sibi, non deleganti debitum persequitur.

huic

huic creditori, quod ei à creditore suo debebatur, promisit: Hîc quia & in secunda promissione intercessio est, placet mulieri exceptionem senatusconsulti *s* custodiri. De liberatione hoc sit constitutum; Priorem obligationem novatione ita tolli, ut & incommoda omnia, quæ ejus obligationis fuerunt, simul *t* evanescant; qualia sunt hæc morâ factâ periculum interitus rei debitæ; pœna veteri obligatione promissa; usuræ ex eadem causa debitæ; privilegium, quod prioris actionis fuit. De pignoribus & fidejussoribus, quin simul liberentur, nulla dubitatio est *u*.

Novatio necessaria est, quæ fit per litis *x* contestationem interpositam cum ipso debitore: nam & hoc modo inducitur nova obligatio, quæ judicio contrahitur, in quam prior, quæ sæpe tollitur, transferatur. Species hæc novationis superiori longè dissimilis, sive causas utriusque spectes, sive vim & potestatem.

Illa fit inter consentientes aut stipulatione, aut judicio quidem, sed si agatur cum eo, qui nomine debitoris se liti obtulit: ideoque voluntaria est. Hæc per litis contestationem duntaxat, sed si agatur cum ipso debitore; quæ idcircò necessaria. est, quia judicium in invitum redditur. In illa animus novandi utriusque contrahentium spectatur; in hac creditoris *y* tantùm. Effectus illius, ut vetus obligatio penitus tollatur, nec quidquam remaneat: Hæc eatenus tantùm fit, quatenus expedit creditori, & conditionem suam meliorem facit: alioqui & ipsa vetus actio & commoda ejus creditori *z* salva manent, ne deterior fiat conditio litem *a* contestantis. Causæ autem, in quibus creditori judicio cum debitore agenti expedit novationem fieri, tres occurrunt. Prima est in petitione unius ex duobus reis stipulandi: namque unius petitione totam solvi obligationem placuit, novamque judicati acquiri *b* agenti. Altera est in perpetuanda actione adversus

s Idemq; est in minore, qui circumscriptus deciegatur l.19. eod.

t Vt videre est in l. 8. l. 15. 18. l. inter. 27. l. aliam. 29. eod.

u d. l. 18. l. in omnibus speciebus. de O. & A.

x d. l. 29. l. ult. pr. C. de usur. rei jud. adhibe hîc Ant. Fab. 16. conj. 14. Pet. Fab ad l. non solet. 86. & seq. de R. I. Gœd. c. 5. de cont. stip. concl. 8. n. 76. & seqq.

y Manifestum n. est l. ult. C. hoc tit. item §. præterea. Inst. quib. mod. toll. obl. pertinere tantùm ad voluntarias novationes.

z Exempli gratiâ, pignus, l. 11. pr. l. 13. §. 4. de pign.

a Contra regulas juris civilis. l. non solet. 86. & seq. de R. I.

b l. 2. de duob. reis. Hinc fit, ut alteri deinde offerendo promissor nihil agat. l. 16. d. tit. planum igitur est hoc modo novari & tolli priorem obligationem.

heredes: siquidem omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ *c* permanent. Tertia est in usuris rei judicatæ, ut creditor ex causa judicati consequatur usuras centesimas, quæ ob moram debitori condemnato post tempora judicati infliguntur. *d*

c Et ad heredes transmittuntur. §. 1. Inst. de perp. & tēp. act. l. omnes. 26. de O. & A. l. ult. in fin. de fid. tut. non transmittuntur a. veteres, quæ pœnales sunt ex delicto: relinquitur ergo ut transeat nova judicati. d *Atque hactenus novatio prioris obligationis pro commodo actoris inducitur. l. ult. in pr. C. de usur. rei jud.*

CAP. LXXIV.

De acceptilatione.

ALterum remedium, quo interveniente sine ulla naturali rei præstatione obligatio ipso jure consensu dissolvitur, est acceptilatio. Acceptilatio est verborum *e* conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum habeat, faciat, ferat, respondet sese acceptum habere, facere, ferre. In hac definitione continentur quatuor illæ causæ, quibus ut res cæteræ, ita & acceptilatio constat; efficiens, materia, forma, finis. Causa efficiens est in personis interrogantis & acceptum ferentis. In his cum de potestate liberandi quæritur, longè aliud hìc observatur, quam in solutione. Solutum *f* accipiendo tam extraneus quivis, qui modò potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor debitorem liberat. & contrà non solùm debitor, si ipse solvat, liberatur, sed etiam si quivis alius pro *g* eo, quamvis ignorante & invito. Utrumque contrà in acceptilatione. Nemo omninò præter ipsum creditorem & eum quidem, cui rerum suarum administratio nón est adempta, debitorem acceptilatione liberare *b* potest: nec si tutor sit aut *i* procurator, cui hoc speciatim permissum: propterea quòd accep-

e Est n. genus liberationis, quod verbis sine solutione perficitur. l. 8. §. 3. h. tit. errant. a. manifestè, qui genus acceptilationis faciunt stipulationē: nam stipulatio cōtractus est, acceptilatio distractus: in illa interrogatus datu-rum se respō-det: in hac creditor acceptum fert.

f Et novando. l. 12. l. 14. §. 1. l. accep. de solut. l. novare. 20. de novat.

g l. 23. l. solvere. 53. de solut. eademque & novationis vis est. l. si debitor. 91. d. tit. h *l. 13. §. pen. h. tit. nec obstat l. 3. eod. ut mox demonstrabitur.* i *d. l. 13. §. pen. ratio subjecta petita est ex l. actus. 77. de R. I. Bassian. 2. de solut. fere in pr. add. Pet. Fab. ad d. l. 77. & 2. semest. 22.*

tilatio

tilatio actus est legitimus, qui per alium expediri non potest. Sed hi, quod rectâ non possunt, obliquâ viâ consequuntur remedio novationis, quâ interpositâ acceptò deinde facere non *k* prohibentur. Ut præter creditorem nemo acceptum facere, ita liberari acceptilatione, nisi debitor ipse per se, nemo potest: usque adeò, ut nec tutori aut procuratori hæc liberatio permittatur, nisi adhibito remedio *l* novationis. Soli hîc excepti, qui sunt in potestate debitoris *m*.

Materia sive res, quæ in acceptilationẽ deducitur, est debitum verbis ante contractum. Primum nisi acceptum feratur id, quod verè debetur, acceptilatio *n* nulla est; ac de eo non tam ex verbis acceptilationis, quam ex re *o* statuendum est. Dum autem debitum sit, totum, an pars acceptò feratur, ad acceptilationẽ nihil interest: nam & pars earum rerum quæ *p* naturâ suâ divisionẽ recipiunt accepta ferri potest, ut pro ea parte *q* contingat liberatio: quamvis alioqui obligatio conditione sua divisionem *r* non admittat. Præter debitum si quid amplius adjiciatur, non vitiabitur quidem acceptilatio, sed adjectum *s* nullius erit momenti. Secundò id debitum solum acceptò ferri potest, quod verbis contractum est. Nam cum acceptilatio verbis conficiatur, consequens est regulæ juris, solas verborum obligationes acceptilatione *t* posse tolli. Cætera debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, per stipulationem novantem in verborum obligationem sunt convertenda, deinde contracta mox verborum obligatio acceptilatione perimenda. Stipulatio hæc Aquiliana vulgò dicitur, propterea quod Gallus Aquilius *u* Formulam ejus primus concepit.

k d. l. 13. §. pen. Quid ergo est, quod Paul. ait in l. 3. h. tit. procuratorem nec liberare acceptil. tione nec liberare posse sine mãdato? nempe mandato interveniente posse, sed precedente novatione, juxta d. §. pen. Correctio igitur Hotomanni, de qua Gothof. ibid. non est necessaria.
l d. §. pen. *Verba l. 5. eod. solutionis exemplo acceptilatio solet liberare, negotium non facessent, si de acceptilatione justa, non de vitiosa accipiantur.*
m l. 8. §. 1. l. 11. pr. & §. 2. eod. arg. tot. tit. Inst. per quas pers. cuiq. acq.
n l. 6. in fin. l. 13. §. 2. & 5. l. 14. h. tit. *o Exempla in d l. 13. § 4. & §. si Stichum, item in l. qui hominem. 17. eod.* *p Secus, si non recipiant, ut servitus prædii rustici vel urbani. d l. 13. §. 1.* *q l. 9. & 10. d. l. 13 §. 2. eod. §. 1. Inst. quib mod. toll. ob. in fin.* *r Exemplũ in d. l. 17. in solutione contra est, l. 2. §. 1. de V. O. discriminis rationem indicavi c. 36.* *s l. 15. h. tit. l. 1. §. pen. de V. O.* *t l. 8. §. 3. l. 19. h. tit. l. 35. de R. I.* *u Quæ extat in l. 18. h. tit. item in §. 2. Inst. quib. mod. toll. obl. ejus frequens usus est in transactionib.*

Forma acceptilationis est superior verborum conceptio, Verba in ea conceptione, interrogatio *x* debitoris & creditoris responsio; non utique quælibet, nam & stipulatio verborum conceptio est ex interrogatione & responsione mutua constans, sed quæ liberationi conveniat, qualis est ea, quæ superiore definitione continetur. Illud diligenter in forma acceptilationis observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione; alioqui nullius momenti erit acceptilatio, quippe quæ exemplo solutionis liberare *y* solet. Plane quod in diem aut sub conditione debetur, purè acceptum ferri potest, quamvis eadem huic acceptilationi tacitè inesse intelligantur, ac proinde nõ priùs valeat, quam si conditio extiterit aut dies venerit: nam quæ tacitè insunt non solent vitiare voluntatem, quamvis eadem, si expressa essent, nocerent *z*.

Finis acceptilationis hic, ut debitor liberetur: quod & acceptilatione rectè interpositâ *a* contingit, cujus vi, tanquam solutione, tollitur obligatio. Ex eo sunt *b* hi effectus. Primùm si ex pluribus obligatis uni acceptum feratur, omnes liberantur: & vice versâ acceptilatione unius ex reis stipulandi tota tollitur obligatio. Item reo principali acceptilatione liberato, liberantur simul & accessiones. Denique liberato fidejussore, ipse reus quoque liberatur, nisi rei sub conditione debitæ fidejussor accesserit, quâ pendente *c* acceptum feratur. Sed hæc de utili acceptilatione dicta sunt. Inutilis verò debitorem ipso jure non liberat: sed utile tantùm *d* pactum habet ad debitorem per acceptionem liberandum, nisi in hoc

x §. 1. *Inst. d. tit. l. 7. ff. h. Atque unus semper debitor in acceptilatione interrogat, nunquã creditor, etsi præcedat novatio, in qua interrogat creditor: nam novatio species est diversa ab acceptilatione. Quomodo igitur defendimus verba JC. in l. 1. eod. liberatio per mutuam interrogationem? nimirum mutuam interrogationem dici abusivè, quæ in se quidẽ una est: sed mutuam habet & subsequẽtem responsionem, tanquam partem præcedentis interrogationis. dissent. Cujac. 5. ob. 36. Hotom. 3. obs. 18. qui eam tantum speciem definiri contendunt, quam præcedit stipulatio Aquil.* *y* *l. 4. & 5. ff. h. tit. & quia actus legitimus. l. 77. de R. I. eleganter hoc explicat Brisson. 2. de solut. tit. de accept.* *z* *l. 12. h. tit. d. l. 77. de R. I. l. expressa. 195. eod.* a *l. 1. & 5. h. tit. §. 1. Inst. quib. mod. toll. ob. Quod a. Modest. ait in d. l. 1. utriusque contingere ab eodem nexu solutionem, id in debitore accipiemus passivè, activè in creditore, sc. solvendo debitorem eo nexu, quo is à creditore nectitur.* b *Qui traduntur in l. 8. §. ult. l. 11. l. 13. §. si fidejussor. & §. ult. l. 16. pr. & §. ult. hoc tit.* c *d. l. 13. §. si legatorum. & seq.* d *Unde exceptio pacti vel doli mali. l. 8. pr. l. 19. eod. l. si unus 27. §. pen. de pact.*

quoque

quoque contra *e* sensum sit aut quid aliud impediat. Quid enim si creditor acceptò tulerit, quod non erat in obligatione? Quid si pupillus sine tutoris auctoritate? Quid denique si extraneus nomine creditoris *f*?

CAP. LXXV.

De liberatione per exceptionem.

ADhuc primum genus liberationis fuit, quo ipso jure tollitur obligatio & debitor liberatur. Alterum superest, quo debitor summo jure obligatus liberatur per exceptionem, seu tuitione prætoris. Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita hanc ipsam æquitate suâ *g* excludit. Non omnis verò exceptio debitori ad liberationem prodest. Quædam enim sunt temporales tantùm & dilatoriæ, quæ cùm actionẽ tantùm differant & rejiciant in aliud tempus, satis apparet eas, quæ sunt hujus generis, debitorem non liberare. Aliæ perpetuæ sunt & peremptoriæ, quæ ut semper agentibus obstant, actionemque perimunt; ita & solæ ad liberationem, qua de agimus *h*, pertinent. Genera harum exceptionũ sunt duo causis suis distincta: nascuntur enim aut jam ab initio in obligatione contrahenda; aut posteà existunt. In obligatione contrahenda ex duabus causis, quarum altera ex persona contrahentium sumitur; altera ex re, quæ exceptionem suadet. Ex persona contrahentium sunt hæ duæ; exceptio senatusconsulti *i* Macedoniani, & Vellejani. Ex re quatuor; ob metum illatum, exceptio quod metus causâ: ex dolo & circumscriptione adversarii; exceptio doli specialis; nam (ut hoc obiter moneam) generalis cum omnibus aliis exceptionibus *k* concurrit: ex errore *l* promittentis ex-

e d. l. 6, exempla in l. 6. d. l. 8. l. 14. h. tit.

f Absurdum esset, existimare tacitâ conventione effici posse, quod non potest apertâ.

g Ita describitur Inst. in pr. & deinceps. de exc. Rectè a. hoc modo debitorem liberare dicimus: nam & veteres ita loquũtur. l. 5. C. de pact. & nihil interest, utrum quis actionẽ non habeat, an eam, quæ per exceptionẽ removeatur. l. nihil interest. 112. de R. I.

h Extat: hæc divisio in l. 3. de except: item in §. appellamus. & seq. Inst. eod.

i De quo genere satis dictum est sup. cap. 11. 12. & 13.

k l. 2. §. & generaliter. de dol. mal. exc.

l De qua specie est in l. si quis. 36. de V. O. de his, quæ metus causâ gesta sunt, item de dolo malo & obligatione literarum supra suis locis disseruimus.

ceptio

ceptio in factum aut doli generalis: ob pecuniam non numeratam, exceptio non numeratæ pecuniæ, in qua hoc speciale, quod reus excipiens probatione non *m* oneretur.

Quæ postea existunt exceptiones, oriuntur & ipsæ ex justis causis. Justæ causæ hæ quatuor; remissio debiti; jusjurandum; res judicata; silentium diuturni temporis. Ex remissione debiti nascitur exceptio aut pacti conventi, si debitor pactus est cum creditore, ne à se pecunia *n* petatur, aut legatæ liberationis, si testator idemque creditor eam debitori *o* legaverit. Jusjurandum debitori exceptionem parit, si is creditore deferente juraverit, nihil se dare *p* oportere. Ex re judicata est exceptio, quæ dicitur rei *q* judicatæ, si debitor, cum quo judicio actum est, eo judicio sit absolutus. Diuturnum silentium adfert debitori exceptionem seu præscriptionem temporis, cum creditor intra tempora ad agendum *r* constituta non egit. De usu exceptionum in judiciis, deque earum effectu dicetur convenientiùs in parte posteriore, ubi de judiciis tractabimus: tantùm res & potestas liberandi attingenda fuit.

m l. 3. l. adseveratio. C. de nō num. pec.

n §. praeterea. Inst. de except.

o Quo casu non solum agente herede debitor exceptione se defendere potest, sed & ultrò ex testamento agere, ut per acceptilationem liberetur l. 3. §. 3. de lib. leg.

p §. æquè. Inst. de except. l. 3. & 9. de jurejur.

q De qua in. §. item si. Inst. d. tit. & tot. tit. ff. de exc. rei jud.

q Nempe intra 30. aut 40. annos l. 3. & 4. C. de præsc. 30. ann. vide, quæ de hoc genere liberationis scripsimus sup. c. 67.

CAP. LXXVI.

De propriis certarum obligationum liberationibus, mandati, Societatis, duorum reorum, accessionum.

EXplanati sunt modi omnes, quibus jure communi tollitur obligatio tum ipso jure, tum per exceptionem. Ad extremum eas quoque liberationes breviter perstringamus, quas diximus esse quarundam obligationum proprias. Hujus generis obligationes sunt quatuor; mandatum, societas; duorum reorum obligatio; accessiones. Mandatum, præter commu-

nes

nes illas liberationes, proprio jure solvitur partim ex persona mandantis, partim ex persona mandatarii: Ex persona mandantis dupliciter; voluntate ejus & morte. Voluntate, cum mandatum re adhuc integra *s* revocatur, id est, cum nihildum per causam mādati mandatario abest. Cur igitur mandatum hoc modo solvi dicimus, cum *t* traditum sit, neminē ab obligatione semel constituta invito adversario recedere posse? Nempe quia is, qui mandavit, quamdiu res adhuc integra est, ne obligatur quidem: certè non ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici *u* patiatur. Cur enim, quod sua causâ susceptum est, prohibeatur *x* repudiare, aut opera atque officio oblato non uti? Sin autem mandatario per causam mandati quid abesse cœperit, id omninò *y* sarciendum est, si nolit mandatum consummari. Morte quoque mandatoris solvitur mandatum, sed eadem conditione, si re integrâ rebus humanis *z* exemptus sit. Hinc jam illud sequitur, ut nec is, qui mandatum suscepit, mortuo mandatore, ex causa mandati teneatur quidquam præstare heredibus, quod defuncto debuit: nec retro heredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi. Utrumque contra communes juris regulas, quibus placet heredem in omne jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacitè continetur, ut ne mandatum personam egrediatur mandatoris, qui sibi soli eam operam præstari, & cui soli in eo gratificari voluisse mandatarius putatur. Atenim creditur unusquisque non sibi solùm, sed etiam heredibus suis *a* cautum velle. Enimverò si hoc eis expediat: at mandatum perfici constat non semper expedire heredibus. Adde quod præstatio gratuiti officii in mandato personalis est, ut jam mirum videri non debeat, mandati obligationem cum persona *b* finiri. Cæterum hæc ita sunt, si, quemadmodum diximus, res adhuc sit integra. Integram rem hîc accipimus, quæ & mandatori integra est, & mandatario.

Man-

s §. rectè 9. Inst. l. 12. §. pen. ff. mand.

t l. 5. C. de obl. & act.

u Quamvis is, qui suscepit mandatū, obligatur: ut aut id perficiat, aut tempestivè renunciet. l. si mand. vero. §. ult. eod.

x [illegible] l. pen. C. [illegible] pact. l. si judex. 41. ff. de min.

y l. ex mandato. 20. ff. mand.

z l. inter. 26. pr. l. si præcedente. 58 pr. mand. §. item si. 10. Inst. eod. idē probandum & in furore: quia & sic velle desinimus, Duar. ad tit. de acq. her. c. 4.

a l. 9. de probat. l. avus. 33. de pact.

b Semper n. personalia, uti personæ cohærent, ita & cū persona extinguuntur. l. 1. §. 3. de lib. leg.

Mandatori adhuc integra esse intelligitur, si res adhuc æquè commodè per alios explicari *c* potest. Mandatario integra est, si ei nihil per causam mandati abest. Ut quid absit mandato nondum impleto dupliciter contingere potest; si mandatarius ita se comparavit, ut jam sumptus ad negotium explicandum *d* necessarios fecerit; si jam ex causa mandati *e* obligatus est. Ubi igitur quid abesse cœpit, mandatum porrò exequatur, nisi heredes occurrendo indemnitatem offerant. Illud in hac specie liberationis utilitatis causa receptum est, ut si mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, & quid eo nomine ei abesse cœperit, actione mandati consequi possit, ut indemnis præstetur: ne alioqui justa & probabilis ignorantia ei damnum adferat *f*.

Ex persona mandatarii proprio jure finitur quadrifariam; renunciatione tempestivâ; interdum & solâ voluntate renunciandi; morte; justa omittendi mandati causa. Primùm ut cuilibet liberum est mandatum non suscipere, ita & suscepto renunciare potest, dum id fiat tempestivè, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem *h* explicandi. Id verò idcircò in mandato admissum, ne officium gratis susceptum mandatario noceret, ubi nihil interest mandatoris: eandemque ob causam nec ab initio quidem aliter obligatus esse intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestivè renunciet. Hac autem ratione admissâ, consequens fuit, ut interdum solâ voluntate renunciandi mandatum extingueretur: quod tunc accidit, cum mandatarius paratus tempestivè renunciare, casu, puta valetudine aut tempestate *i* prohibitus est: siquidem casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio *k* præstantur. Morte *l* mandatarii ideò expirat mandatum, quia industriæ & fidei certæ personæ non sine delectu res

c § mandatum. 11. Inst. de mand. sin minus, competit hactenus mandati actio, quæ semel quæsita morte nō extinguitur l. 8. §. mandati. 6. mand.

d Si videl. ad perficiendum mandatum sumtu aut profectione opus est. l. 5. de cond. ca. dat.

e Puta si quis mandatu debitoris [illegible] fidejusserit.

f d. §. item si. Inst. de mand l. inter, 26. ff. eod.

h Alioqui tenebitur mandatori in id, quod ejus interest. §. mandatum. 11. Inst. l. si mandavero. 22. §. ult. l. si quis. 27. §. 2. ff. eod.

i d. §. mandatum. l. 23. & 25. ff. eod

k l. quæ fortuitis. C. de pign. act.

l §. item si 10. Inst. l. si quis alicui. 27. §. morte. ff. mand.

com-

commissa *m* fuit. Quapropter si heredes ejus mandatum exequantur, actionem mandati non habebunt. Semper tamen superior illa conditio intelligenda, si re *n* integra mandatarius decesserit. Justa causa omittendi mandati duplex; inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus credibile est nec mandatorem amplius operâ mandatarii uti velle, nec hunc eandem illi præstare; item inanes rei actiones, scilicet si mandator solvendo esse desierit, ne fortè mandatario pereat, quod impendit *o*.

Societas proprio jure solvitur tribus modis; morte unius; bonorum amissione; renunciatione. Primum unius ex sociis *p* morte: quod jus ex natura hujus cõtractus sumptum est: propterea quod is, qui societatẽ contrahit, certæ personæ delectum habuisse *q* intelligitur. Hoc autem non eam vim habet, ut heres non teneatur actione pro socio ob dolum *r* aut culpam, quam etiam defunctus præstaret: sed hoc significat heredem neque socium esse, neque in partem commodi aut incommodi in posterum vocari. Usq; adeò autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci liceat, ut heres in societatem *s* succedat, quasi & id pactum naturæ societatis *t* repugnet. Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi cõventiones ob publicam utilitatem *u* admissę. Nec verò solutâ morte unius societate, defunctum ejusque heredes societati duntaxat exemtos esse intelligimus, sed in totum societatem dissolutum, si fortè plures erunt, quam duo: nisi quid aliud nominatim *x* convenerit. Bonorum amissione unius ex sociis solvitur societas, quocunque modo bona ejus omnia amissa sint. Id contingit aut cessione bono-

m Hæc ratio expressa est in c. ult. x. de off. jud. de leg. significatur in l. mãdatum. 57. ff. mand. explicatur latius in l. 9. de cur. fur.

n Alioqui heres perficere reliquum mandatum debet, eoq; perfecto habet actionem mandati. exemp. in l. 14. mand.

o Utraq; hæc causa proponitur in l. sane. 23. & seq. eod.

p §. solvitur. 5. Inst. de societ. l. cum duobus. 52. §. idem respondit, l. adeo. 59. & l. seq. l. verum. 63. §. pen. l. actione. 65. §. morte eod.

q Quæ ratio etiam redditur in d. §. 5. furore a. superveniente non dissolvitur, propterea quod spes est fore, ut furore correptus ad sanam mentem redeat: sed curator ejus renunciare interim societati potest, ex constit. Justin. l. ult. C. eod.

r Tenetur n. ut bonam fidem præstet, & adeò etiam culpam. l. nemo. 35. & seq. ff eod.

s d. l. 35 l. adeo. 95. eod.

t Nempe invitum effici socium ejus, cui non vult. l. actione. 65. §. societas eod.

u Excepto, si is mortuus sit, propter cujus operam maximè societas coita est. d. l. adeo. d. l. verum. 63. §. in heredem.

x d. l. actione, §. morte.

rum aut capitis minutione. Cessione si socius mole debiti prægravatus bonis suis *y* cesserit, quam cessionem & secuta sit distractio. Capitis minutione maximâ & media, si socius in servitutem redactus fuerit, aut in insulam deportatus, quo casu bona ejus publicari solent *z*.

y §. pen. Inst. mand. d. l. adeo. §. 1.

z d. l. verum. §. pen. d. l. actione. §. publicatione. & Inst. §. antep d. tit.

Renunciatione dissociamur aut voluntate apertâ, aut tacitâ. Apertâ, cum cæteris *a* nunciatur, ut res suas sibi habeant atque agant. Hujus juris ratio eadẽ, quæ in mandato, sed cui insuper & hoc accedit, quod materia communionis discordias parere solet inter non *b* consentientes: quod à natura hujus conjunctionis vehementer abhorret; ut pote quæ etiam jus quodammodò fraternitatis in se *c* habere putetur. Adeò autem ex natura societatis visum est, unius voluntate totam distrahi, ut quamvis convenerit ne ab ea recedere liceret, tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus nulla in æternum coitio est, contemnere *d* liceat. Non omnis verò renunciatio societatis continuò admittitur, sed ita demum; si non habeat injuriam. Alioqui socios quidem liberabit, sed nocebit renuncianti: qui idcirco & lucri, si quid postea à sociis factum est, expers erit, damni particeps, & quod lucrum ipse fecit, id cogetur cum sociis communicare, damnũ solus ferre. Injuriam autem habere intelligitur renunciatio, non solùm si dolo malo facta sit, veluti si socius omnium bonorũ, hereditatis sibi delatæ lucrum solus captans *e*, renunciaverit: sed etiam si facta sit *f* absenti, quoad is scierit, vel intempestivè. Intempestiva duplex: una, cum contractâ ad tempus societate ante tempus interponitur, cujus eadem pœna, quæ superiorum, nisi qua justa causa aliud *g* suadeat: altera, cùm societate ad aliquas res emendas aut vendendas coitâ, renunciatur eo tempore, quo emi aut vendi non expedit:

a Verbis aut scripto. d. l. verũ. §. pen. §. manet. 5. Inst. eod.

b l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 29. de leg. 2.

c d. l. verum. in pr. mand.

d l. nulla. 70. eod. Quod a. Paul. scribit in l. 1. eod. societatẽ etiam in perpetuum coiri posse, satis constat, nihil aliud id significare, quã sine ulla temporis præfinitione.

e d. l. actione. §. 3. & 4. d. §. manet. Inst. d. tit.

f l. sed & socius. 17. §. ult. eod.

g d. l. actione. §. labeo. & seq. eod. justa a. causæ, ob quas renunciatio alias intempestiva admittitur, partim ex personis sumuntur, partim ex re. exempla utriusque in l. 14. & 2. seqq. eod.

neque

neque hæc renuncianti quicquam *h* prodest. Tacita voluntas renunciandi tribus *i* factis evidenter arguitur: novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta: judicio societatis ab uno adversus alios *k* instituto: item cum separatim agere cœperint, & quisque sibi negotiari. Quod si societas ad certum tempus aut certæ negotiationis causâ inita sit, finitur quidem exacto eo tempore, aut fine negotio *l* imposito: sed in eo nihil proprium videri potest societatis, ut pote cui ea lex ab initio dicta sit. Solvendarum nuptiarum longè alia ratio est, quamvis & ipsæ societatis quædam sint species. Et jure quidem civili solvuntur duobus ferè modis; morte alterutrius ex conjugibus, cui veteres servitutem & deportationem comparant; item divortio, non impunè tamen ex omnibus *m* causis. Nos autem verbo Dei, ad cujus normam hæc res exigenda est, docemur, divortia omnia esse nefaria, præterquam si ex causa adulterii facta fuerint. Sanè si infidelis conjux fidelem deseruerit, aut fidelem religionis causâ excedere coactum sequi noluerit, ὐ δεδούλωται ὁ ἀδελφὸς ἢ ἡ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις.

In duobus reis ejusdem obligationis jus item singulare. Principio in duobus reis stipulandi hoc receptum, ut si unus debitorem communem liberaverit vel ipso jure solutum accipiendo, novando acceptum *o* ferendo, vel per exceptionem *p* paciscendo, ratum hoc sit & custodiatur etiam adversus *q* alterum. Sed enim si socii sint, in solutione quidem adhuc idem obtinebit, in cæteris verò perinde habebitur, quasi pro portione quisq; debitorem liberaverit: ne alter alteri *r*

h *Sed tenetur renuncians quatenus socii interest. d. l. actione. §. Labeo.*

i *Quæ à veteribus in hoc argumento notata animadvertimus; primum est in l. 63. §. ult. d. l. actione. pr. alterum in §. pen. d. l. actione: tertium in l. itaq; 64. pro soc.*

k *Quæ conjectura in privatis societatibus admissa est: non item in societate vectigalium, in qua sæpe agi necesse est durante societate. d. §. pen. l. actione.*

l *d. l. actione. §. 4. & 6. §. item si 6. Inst. eod.*

m *Vid. l. 8. C. de repud. & divort. & add. Duar. ad tit. ff. de divort.*

n *Id est, cum ejusmodi quippiam inciderit. 1. ad Cor. 7. vers. 15. plura qui desiderat, adeat Bez. tract. de repud. & divort.*

o *§. 1. Inst. de duob. reis. l. 2. l. 3. §. ult. ff. eod. l. 13. §. ult. de accept. l. 31. §. 1. de novat.*

p *Arg. l. si unus. 27. de pact. multò igitur magis per exceptionem jurisjurandi. l. in duobus. 28. pr. de jurej. item rei judicatæ. arg. dd. ll.*

q *Ratio est, quia una eademque obligatio in persona utriusque versatur. §. 1. Inst. de duob. reis.*

r *d. l. 27. pr. de pact. nec mirum: nam inter duos reos stipulandi socios perinde dividitur obligatio, atque si singuli partem stipulati essent. l. 62. ad l. Falc. unde singuli nihil amplius remittere, quam quod suum est, possunt. Cujac. ad. d. l. 27. tam non sociis, quam sociis pactum nocere negat: cont. A. Fab. non aliter nocere affirmat, quam si sint socii. uterque male.*

noceat. Cæterùm unius ex reis judicium occupantis tota efficitur *s* obligatio. Duorum reorum promittendi liberatio nonnihil dissimilis. Hic nunquam adversus unum institutâ petitione alter *t* liberatur. nec enim petitio creditoris unquam novationem habet, quam si ejus intersit novationem † fieri. Ubi autem unus ex debendi reis liberatur, refert ipso jure nè liberetur, an per exceptionem: si ipso *u* jure, alterum quoque vel ignorantem & invitum liberat. Duo tantùm casus excepti: unus est, si re peremptâ alter tantùm moram fecerit, quo casu adversus eum manet *x* obligatio: alter, si unius persona eximatur obligationi *y*, deportatione, aut confusione obligationis, si creditor ei succedat. Exceptio *z* autem uni quæsita alteri ad liberationem non prodest: præterquam tribus in causis: si intersit paciscentis, ut si * socii sint: si nominatim quoque correo suo *a* paciscatur, cui ex hoc facto acquiritur exceptio doli mali: si unus ex reis debendi creditore deferente juraverit se non debere: quia jusjurandum loco solutionis cedit *b*.

Accessionum liberatio nihil commune habet cum cæteris. De his quidem generalis hæc definitio est; Sublatâ obligatione principali, liberari & *c* accessiones: sed id non usquequaque perpetuum est. Quamobrem quid unumquodq; genus accessionis proprium habeat, per singula euntes, consideremus. Genera nimirum accessionum tria; personæ pro aliis intervenientium; res pro debito obligata; tùm præstationes, quæ extrinsecus accedunt. De personis pro aliis intercedentium, quo in numero sunt fidejussores, mandato-

s l. 2. & arg. l. 16. de duob. reis. quę liberatio novationis jure contingit pro commodo petitoris.
t l. 8. §. 1. de leg. 1. l. reos. 23. C. de fideic.
† l. non solet. 88. & seq. de R. I. vid. c. 73. sup. in fin.
u Puta solutione, acceptilatione, novatione. l. 2. 3. in fin. de duob. re. l. 16. de accept.
x Nempe quia absq; mora futurum erat, ut alter liberaretur. arg. l. 32. § pen. de usur. l. 173. §. 2. de R. I. Cæterùm si unus servũ promissum occidat, id factum etiam alteri nocebit: contrariâ nimirum ratione, quia absq; hoc facto foret, ut neuter liberaretur. jam verò unius factum alteri ad liberationem prodesse non debet. l. pen. de duob. reis.
y l. ult. d. tit. de confusione dictum est c. 65.
z Puta pacti, quod non aliâ conditione alteri prodest, quam si paciscentis interest. l. 21. §. ult. & 2. ll. seqq. de pact. aut rei judicatæ. l. 52. §. ult. de fidei. & generaliter nihil alteri, cujus in potestate non sumus, civiliter acquirere possumus. l. 53. de acq. rer. dom.
* Tum n. interest paciscentis propter communionem. l. 24. junct. l. 25. §. ult. & l. seq. de pact. l. 3. §. 3. in fin. de lib. leg.
a Arg. d. l. 25. §. 2. & l. seq. de pact.
b l. 27. & l. 28. §. 1. & 3. de jurej.
c l. in omnibus. 43. de solut. l. novatione. 18. de novat.

res, pecuniæ constitutæ rei, ita jus est; Quocunque modo reus principalis liberetur sive ipso jure sive per exceptionem, eodem *d* liberari & fidejussores & cæteros etiam ignorantes & invitos: dum ne exceptio personæ cohæreat. Tantùm duos modos liberationum excipimus, quemadmodum & in duobus reis: unus est, cum rei principalis persona tantùm eximitur obligationi, bonis damnatione *e* amissis: alter, si res, post moram aut facto solius fidejussoris interierit; Hic enim, quamvis debitor, qui extra culpam est *f*, liberatur, cui subtilitate juris consequens videtur, ut simul tollatur accessio: tamen iniquum visum est, factum cujusquam alteri nocere: ideoque utili saltem *g* actione fidejussorem teneri placuit. Interdum & sola petitione creditoris fidejussor pro parte liberatur. Quod accidit cum plures sunt fidejussores, & creditor uno tempore agit cum omnibus pro parte cujusque: nam juris ratio non patitur petitionem ita divisam post litis contestationem *h* redintegrari. Secus est, si unus tantùm sit fidejussor, cum quo de parte agitur, aut plures quidem, sed si separatim agatur cum aliquibus tantùm: quippe si illi solvendo non fuerint, cæteri tum conveniri *i* poterunt. Illud etiam in hoc genere liberationis notandum, fidejussorem suo nomine *k* solventem, reum quoque principalem liberare, non ipso quidem jure, ut si cum nomine debitoris solvit, sed per *l* exceptionem duntaxat. Res pro debito obligatæ sunt pignora & hypothecæ. De his una hæc certa definitio est; Debitore quocunque modo liberato, dummodò sublata sit obligatio, non persona exempta, continuò liberari & *m* pignora & hypothecas. Extrinsecus rei accedunt, sorti usuræ, utilitas in actione arbitraria de eo,

d d. l. 43. d. l. 18. l. 7. de except. l. 32. de fidei. idq; ex naturâ accessionum. l. cum principalis. 178. de R. I.

e l. ult. ff. de duob. reis.

f l. si ex legati. 23. de V. O.

g l. mora. 88. l. si servum. 91. §. 4. de V. O. l. 32. in fin. de usur.

h l. liberum. 16. C. de fidejuss.

i l. reos. 23. C. d. tit.

k l. Papin. 28. mand. quod & in acceptilatione & jurejurando admissum. l. 13. si fidejussor de accept. l. 28. §. 1. de jurej. in pacto non item. l. 23. de pact. neq; n. pactū instar solutionis est, ut superiora duo.

l Ac juxta hanc distinctionem accipienda sunt verba extrema pr. Inst. quib. mod. toll. obl. sicut & Accurs. observavit.

m l. in omnibus. 43. de solut. l. 3. & 6. quib. mod. pign. vel hyp. solv. lectio l. 2. C. de lui. pign. apertè mendosa est, legendum n. omnino, non durare.

quod certo loco. De quibus hoc unum item præceptum esto; Debitore quovis *n* modò à sorte liberato, usuras amplius non deberi, sive de præteritis quæratur; sive de futuris etiam ex *o* stipulatione debitis: multoque minùs utilitatem, quæ officio judicis arbitrariæ actioni *p* accedit. Atque hæc de prima parte, quæ versatur in juris nostri cognitione, dicta sunto.

n l. 1. in fin. l. 7. ff. l. 19. C. de usur. l. 18. ff. de novat. l. lecta. 40. vers. sed cum fortis. de reb. cred.

o l. eos. 26. C. de usur. sublata veteri distinctione, si qua fuit, inter eas, quæ ex stipulatu debentur, & officio judicis accedunt.

p l. 8. & l. ult. ff. de eo quod cert. loc.

FINIS.

ARNOL-

ARNOLDI VINNI JC. JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ

sive

PARTITIONUM JURIS CIVILIS

Liber Tertius.

Quæ sit ratio juris sui cujusque obtinendi.

CAP. I.

Neminem posse, quod suum est, privata vi cuiquam auferre.

PErducta ad Colophonem primâ illâ parte, quæ posita est in cognitione ejus, quod suum cujusque dicitur, substitimus aliquamdiu, navique subductâ interquievimus. Nunc iterum solvendum, velaque ventis repetito cursu permittenda sunt.

Frustra est enim omnis noster labor, frustra tota hæc cognitio, nisi simul teneatur ea ratio, quâ id, quod ita cognitum perceptumque est, consequi atque obtinere ab invitis liceat. Estque hoc alterum illud ex duobus propositis, quod in jure privato quærendum esse initio diximus. Igitur ad hanc etiam partem exequendam bonis avibus accingamur.

Si id, quod nostrum est, à volentibus obtinere non possumus, non continuò consultum est vim adhibere, & jure judicioq; contendere: sed civile est nec minùs utile, amicâ priùs petitione, aut quâ aliâ honestâ ratione uti, quam ad judicia decurratur. Sin humana omnia experti nihil promovebimus, unum hoc relinquitur, ut vis adhibeatur, quâ quod sponte non tribuunt, extorqueatur invitis. Cæterum vis nec cuili-

bet permissa, nec quovis modo, nec quævis: ac proinde tres hæ leges hic observandæ, quæ totidem sunt *a* partes, quibus omnis ratio nostri obtinendi continetur. Prima est, ne vis adhibeatur per quemlibet, sed per magistratum & judices publicè constitutos duntaxat. Secunda, ne vis adhibeatur quovis modo; sed ut ad eam perveniatur ordine & viâ, videlicet per judicium rectè & legitimè ordinatum, quo reus causa cognita aut victus condemnetur, aut actore non probante intentionem suam absolvatur. Tertia est, ne vis adhibeatur quælibet, sed tantum civilis, seu ea juris remedia, quibus in executione condemnati urgeri ad parendum rebus judicatis solent. Singula hæc deinceps nobis enucleanda, & quid unumquodque postulet, cognoscendum est.

a Describuntur hæ partes, constituunturq; duobus elegantissimis rescriptis in l. urgentes. C. de oblig. & act. l. 1. C. de exec. rei jud.

Principio igitur hoc constitutum esto: nemini licere, quod suum est, *b* propria auctoritate per vim cuiquam auferre, & in eo sibi jus dicere. Adversus eos, qui vim faciunt, quamvis in re sua aut sibi debita, pœnæ variæ constitutæ: nam & incidunt in *c* leges Julias de vi publica aut privata, & præterea pecuniario damno multantur. Et si quidem creditor est, qui vim adhibuit, placet eum jus crediti amittere, si dominus, jure dominioque suæ rei cadere. Quod si quis rem alienam quam suam esse existimabat, vi rapuerit vel invaserit, is & rem ipsam cogitur restituere, & præstare insuper *d* rei æstimationem. Enimvero si necessitas aliqua cogat, antè occurrere, quam ad judicem veniatur, non est iniquum privatis interdum concedere, utiper se sibi consulant. Hinc duabus in causis à superiori jure recessum, in defensione sui; item interdum in rei suæ persecutione.

b Idcirco enim judiciorũ vigor, jurisq; publici tutela in medio constituta est, ne quis sibi ipsi permittere auderet ultionem. l. nullus. C. de judic. legumque reperta est via & sacra reverentia, ut nihil manu, nihil ageretur impulsu. Cassiodor. 4. var. 10. ne occasio seditionis aut intestinæ discordiæ præbeatur. l. non est singulis. de R. I.

c tit. ad l. Iul. de vi publ. & ad l. Iul. de vi priv. §. item lex Iulia. inst. de publ. judic.

d l. quod extat. §. ult. ff. quod met. caus. l. 7. C. unde vi. §. 1. Inst. de vi bon. rapt. vide Menoch. rec. poss. remed 9. Donel. ad l. 6. & d. l. 7. C. unde vi. Cæterùm pœnam his rescriptis constitutam usum apud nos non habere plerique causarum patroni existimant: sed tamen contrario usu non est abrogata.

tione. *e* Defensio adversus vim illatam vel personis vel rebus nostris duabus his conditionibus permissa: una est, ne vim propulsando ulcisci magis, quàm tueri nos studeamus: altera ne *f* moderationem excedamus inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cũ aliter nos tueri non *g* potuimus. Persecutio nobis permissa adversus debitorem nostrum *h* fugientem, secumque auferentem pecuniam. Item in eos, qui curiæ aliisve corporibus obnoxii sunt, curiæ cæterisque manus injectio *i* est: hactenus tamen, ut fugitivi ex fuga retracti ducantur ad judicem, qui de eorum officiis & nostro jure statuat. Extra has causas nemini jus est in re sua sibi *k* jus dicere, sed quicunque sibi quid præstari postulat, is de ea re magistratum aut judicem adire debet. Sed nec quemlibet magistratum de jure nostrò adire licet: verùm eum tantùm, cujus de ea re publica notio & jurisdictio est. De quo plura inferiùs in informatione judicii, ad cujus rectam institutionem ea tractatio pertinet.

e l. 3. ff. de just. & jur. l. scientiam. §. qui cum alter. ff. ad l. aquil. l. 1. §. vim vi. unde vi. l. 1. C. eodẽ l. 1. C. quand. l. unic. sine jud. se vind. adde Don. ad d. l. 1. C. unde vi. Schneid. ad §. 1. inst. de jur. nat. gent. num. 11. & seqq.

f quibus in rebus moderamen inculpatæ tutelæ consistat, eleganter ex recepta interpretum sententia docet Schneid. d. loc. num. 14. item Gail. 2. obs. 110. n. 13. & seqq.

g Excedentibus tamen hanc moderationem pœna mitigabitur, cum non tam ob dolum puniantur, quam ob culpam, non tam propter delictum, quam propter excessum rei licitæ i. defensionis: in qua difficilimum est, semper modum tenere. Ias. in l. 1. n. 18. de legib. Bald. in d. l. 1. Cod. und. vi. Gail. d. loc. num. 15.

h l. ait §. si debitorem. ff. quæ in fraud. cred. Quamvis autem fugientem lex requirat, idem tamen & in suspecto de fuga vulgò admittunt, ut si judicis copia statim haberi non possit, propria auctoritate ei manus injicere possit creditor, modo justa sit suspicionis causa & liquidum debitum. Plura vid. apud Gailium 2. obs. 44.

i l. 1. C. ubi quis de cur. vel cohort. aliave cond. conv. l. 1. C. de decurionib. lib. 10. quod jus etiam ad uxorem obedientiæ maritali, liberos potestati & obedientiæ parentum, subditos jurisdictioni magistratus sese subducentes porrigunt. Bald. in d. l. 1. & Vultei. ibid. nu. 24. vide & Bodin. 1. de repub. 6. sub fin.

k Excipiunt vulgò principem qui superiorem non agnoscit, in sua causa cognoscentem. Per l. 41. de her. inst. l. 3. de his quæ in test. del. arg. l. pen. de rec. arb. æquius tamen esse. ut judicia subeat magistratuum. neque in ea re quidquam illius majestati decedere existimat Bod. 3. de republica 6.

CAP. II.

Judicium quid & quale sit, tum quibus rebus constet.

NOn est satis magistratum, per quem obtinere quid volumus, idoneum esse: alterum exigitur, ut si quas nos habere putamus petitiones, judicio experiamur,

periamur. l Judicium est legitima rei controversæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur. Quanquam autem judicium omne necessarium est, & eorum, qui publicâ judicandi auctoritate præditi sunt: est tamen & voluntaria quædam contendendi ratio, extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui judices compromissarii & plerumque arbitri dicuntur. Ac tametsi vera judicia ad eam vim, quam hîc quærimus, sola perveniant, arbitria neque judicia m propriè sint, neque executioni mandari soleant: tamen cum ad similitudinem judiciorum redigantur, nec minùs ad lites sopiendas pertineant, non omninò inconveniens videri debet, si etiam de eo genere in proposita tractatione præcipiamus. Priùs autem judiciorum formam & leges constituemus, ut his cognitis habeamus, quod in arbitriis informandis postea n sequamur.

Solùm igitur judicium, ut illud repetam, necessitatem parendi litigatoribus imponit. Sed & hoc ita, si justum sit & legitimum, id est, in omnibus suis partibus ita comparatum, uti jus civile præscribit. Constat omne judicium his rebus quatuor; personis judicium constituentibus; rebus in judicium deductis; formâ & ordine tractationis; fine agendi. Personæ ad judicium pertinentes sunt, litigatores, judex, & qui judicium adjuvant. Procuratores, Advocati, assessores. Res in judicium deductæ, ab actore sunt actiones, à reo exceptiones & defensiones. o

l Voce judicii, hic intelligi volumus totam actionem judiciariam, quæ ab in jus vocatione incipit, & finitur sententia. Aliàs cum exactè, loqui volumus, nec judex nec judicium ullum propriè est, antequam lis est contestata. l. un. C. de lit. contest. l. amplius. ff. rem rat. hab. quæ idcircò judicii formale principium dicitur. VVesemb. parat. C. de lit. contest. add. Marant. Spec. aur. part. 5. n. 2. Gail. 1. Obs. 44.

m Nec arbiter propriè judex: cum privatorum consensus judicem non faciat. l. 3. C. de jurisd. Sed partes judicis suscipere dicitur. l. 13. §. 1. de recept. arb. l. 14. C. de jud. unde liquet divisionem judicii in voluntarium & necessarium non esse generis uni voci, sed τῶν ἀφ' ἑνὸς.

n Proposito quidem litigatorum & usu arbitria priora sunt judiciis, quippe cum ad arbitros non eatur, nisi judicii vitandi causa. Cognitione autem posteriora sunt, ut pote quæ leges judiciorum sequuntur, ad quorum similitudinem redacta sunt, l. 1. de rec. arb.

o Neque alius ordo à nobis servari debuit, ubi judicium informamus præceptis ad rectam ejus institutionem cognitu necessariis. Cæterùm cum judicio contendere atque hæc ad usum transferre volumus, ab in jus vocatione incipiendum, unde omnium actionum instituendarum, proinde & judicii principium proficiscitur. §. ult inst. de pœn. tem. litig.

Ordo

Ordo & forma judicii posita est in hoc progressu & partibus, vocatione in jus, litis contestatione, tractatione causæ conjuncta cum cognitione judicis; item sententiâ, finis agendi litigatoribus, ut obtineant; judici, ut jus dicat. Hæc sunt in summa, quæ judicium omne legitimum in se habet: de quibus item sigillatim eodem ordine, quo ea proposuimus, deinceps dicemus. De fine tamen nihil necesse ulteriùs monere.

CAP. III.

De personis principaliter & necessariò ad judicium pertinentibus. Primum de actore & reo.

PRimus ergo locus ad personas judicium constituentes, tanquam ad causam judicii efficientem, pertinet. Personæ aut principales sunt & necessariæ; aut adjuvantes & accessoriæ. Principales & necessariæ sunt, sine quibus judicium consistere non potest. *p* Hæ tres actor, reus, judex. Accessoriæ & adjuvantes, quibus carere quidem naturâ suâ judicium potest: sed tamen adhibentur interdum ad judicium adjuvandum: idque ob utilitatem tum litigatorum, ut Advocati, Procuratores, defensores; tum Judicis, ut assessores. Necesse est autem suprascriptas personas tales esse, ut ne ab eo, qui cum agitur, rejici possint, in summa idoneas, qui in judicio consistant, etiam invito adversario. Tales autem in universum statuemus omnes, *q* qui non prohibentur. Atque hoc ipsum primùm de actore præceptum esto.

p Breviter hæ personæ comprehensæ in §. 1. inst. de act. actorem hic appellamus eum, qui litem intendit, qui & petitor. l. 22. de prob. l. 14. §. 1. de cond. furt. alias actor dicitur, qui à tutore aut curatore vel etiam à corpore aut collegio ad agendum quasi procurator datus est §. ult. inst de cur. l. 6. quand. ex fac. tut. l. 6. quod cujusq. un. nom. Is a. cum quo agitur seu unde petitur, uno verbo reus vocatur idque quasi κατ' ἐξοχὴν, quia præcipuè res ejus agitur. Nam reus à re i. lite dictus est, eoque nomine antiqui utrumque litigatorem denotabant. Cic. 3. de orat. Gall. Ael. apud Fest. atque etiamnum non solùm reum promittendi aut debendi dicimus: sed etiam stipulandi & credendi inst. ff. & C. de duob. reis. Vocatur & pars fugiens. l. 13. §. 2. C. de jud. l. ult. in fin. pr. & §. 3. C. de bon. quæ lib. more Græcorum, qui φεύγοντα appellant.

q Generaliter enim in edictis prohibitoriis spectandum, non quid permittatur sed quid non prohibeatur. ut quod nominatim prohibitum non est, id permissum videatur. l. nec non. §. quod ejus ff. ex qu. ca. maj.

Eorum qui agere judicio prohibentur, tres sunt ordines. In primo ordine sunt servi, qui in totum judicio interesse non possunt, ne volente quidem adversario: ac vix ex gravissimis causis iis concessum judicio r consistere. In secundo ordine sunt filiifa. Filiifa. Etsi liberi sunt & cives Romani, tamen non semper suo nomine agere possunt: sed refert utrum de peculio castrensi aut quasi castrensi agatur, an de adventitio & profectitio. De castrensi peculio filiusfa. judicio experiri suo nomine etiam patre invito, imò adversus patrem s potest. Hoc ideo, quia in hoc genere peculii pro patrefa. habetur. Pari igitur de causa & in peculio t quasi castrensi idem probandum. Peculii adventitii & profectitii non eadem ratio est. Et si quidem de adventitio quæstio sit, refert utrum usufructum pater habeat, an non habeat. Si habet, omnis actio patri permissa, hoc tantùm excepto, ut agat ex u consensu filii nisi is minor sit, aut longè absit. Quod si ipse pater absit, aut furiosus sit, filio tum agere x permittitur, dummodò caveat, patrem rem ratam habiturum. Sin autem pater usumfructum y non habet, ipsi filio omnem actionem competere placuit sive repudiaverit pater usumfructum, sive cum, etiamsi voluisset, acquirere non potuerit: ita tamen, ut z consensus patris ubique adhibeatur, qui si consentire recusabit, à judice ut id faciat, a compelli poterit. De profectitio peculio solus pater, cujus hoc totum est, agere judi-

r l. servus C. de jud. junct. l. vix certis. & l. qui dedit. ff. eod. tit.

s Lis nulla filio esse potest cum patre, in cujus potestate est. l. 4. de jud. l. 7. de obl. & act. nisi ex peculio castrensi. d. l. 4. in quo pro patref. habetur. l. 2. de sen. mac. cui consequens est rectè eum ex eadem causa adversus alios agere etiam patre invito. l. 4. §. 1. de cast. pec.

t Quippe cui idem postea tributum, quod castrensi l. ult. C. de inoff. test. In adventitiis an hodie inter patrem & filium obligatio & actio consistere possit. vid Pinel. in l. 1. C. de bon. mat. part. 1. n. 17. qui id indistinctè negat contra communem, quam sequitur & probat Scip. Gent de bon. mat. cap. 26. u l. cum oportet §. ubi a 3. C. de bon. quæ lib. Gentil. d. loco hunc filii consensum requiri negat. sed malè. x Quod exemplo dotis profectitia rectè defenditur. l. si cum dotem. §. 4. & §. si soluto. Junct. l. 2. & 3. ff. sol. mat. y Quibus casibus id accidat. dictum est lib. 1. cap. 67. vid. auth. excipitur. & 2. seqq. l. ult. C. de bon. quæ lib. z Jure Rom non videtur filiusf. integram personam habere per se standi in judicio sine cōsensu patris. Quod & ratio Justiniani indicat. ne judicium sine patris voluntate videatur consistere. d. l. ult. in fin. pr. adde Ant. Fab. 13. conj. 6. alii consensum patris tunc solum requirunt. cum usufr. patri volenti quæri potuit, ut in casu hereditatis filio delatæ. d. ult. fin a. quæri non potuit, ut in casibus. de quib. in d. auth. excipitur. & 2. seq. nec consensum exigunt. Quos sequitur Dom. noster lib. 17. con 4. & Sc. Gent. d. cap. 26. a d. l. ult. in fin. pr. cogetur a. remediis prætoriis, iisve omissis contumacia habebitur pro consensu. Gentil. d. loc.

cio potest. Hoc tantum receptum, ut, si filiusf. peregrè absit, puta studiorum causâ, nec quisquam ibi sit, qui nomine patris agat, & filiusfa. injuriam aut damnum patiatur, hoc casu ipse filius suo nomine ex causa peculii profectitii utili actione agere possit, *b* quacunque ex causa damnum aut injuria metuatur. Excipienda tamen hîc est actio dotis profectitiæ, quâ *c* etsi pater absit, vel furiosus sit, nunquam tamen filiafa. experiri suo nomine potest. Sed cavere debet, ut cæteri, qui alio nomine agunt, patrem rem ratam habiturum.

In tertio ordine sunt patresfa. hos agentes duæ res removent duntaxat; ætas; magistratus. Ætas pupillos & *d* adolescentes. Hi absque tutoribus aut curatoribus legitimam personam standi in judicio non habent. Quamobrem nec sententia adversus eos indefensos lata ullam obtinet rei judicatæ *e* auctoritatem: quamvis si ab adversario admissi vicerint, *f* sententiæ stetur; ne res prosperè gesta ætati obsit. Una causa est, quam per quamlibet personam exerceri posse placuit, actio *g* momentaneæ possessionis. Hæc igitur in minorum persona excepta sit. A magistratu omnes agere prohibentur, qui cùm jurisdictioni præsint temporale duntaxat in ea imperium *h* habent, quos Græci ἄρχοντας vocant.

Reorum propè eadem ratio, eorumque qui conveniri prohibentur iidem ordines. Primùm servi in totum judicio conveniri non possunt: usque adeò,

b vid. l. 8. in pr. de proc. l. si longius. §. 1. de jud. ubi ratio redditur ex Iuliano. & quod ille in quatuor causis admiserat, l. 9. de O. & A. ad omnes similes eadem ratione producitur.

c l. si cum dotem. 22. §. 4. sol. matr. mandatum a. non desiderantur, ut nec unquam in liberis agentibus nomine patris. l. 35. l. Pomponius. §. ult. de proc.

d l. 1. & 2. C. qui leg. pers. idem in muto surdo & prodigo probat VVesembecius ad rubr. d. tit. Infantes ne cum authoritate quidem tutorum judicio consistere possunt. sicut nec mente capti aut furiosi. VVes. d. loc. add. Gail. 2. obs. 108.

e d. l. 1. l. contra. 54. de re jud. proinde sine tutorum aut curatorum auctoritate jure removentur, ne adversarius cogatur anceps judicium subire.

f l. non eo minus. C. de proc. per l. quod favore. C. de legib. l. nulla. ff. eod. idque generale est in omnibus, qui sine curatore nihil rectè gerunt. VVes. d. loc.

g l. ult. C. qui leg. pers. est autem momentanea possessio, de qua in possessorio contenditur, non tantùm si agatur interdicto unde vi, sed etsi alio interdicto aut adipiscendæ aut retinendæ possessionis. Sic dicta, quia ad momentum temporis tantum constituitur, quoad causa in petitorio decidatur. Vult. ad l. un. C. ub. de poss. nu. 2. Cujac. 1. obs. 20. recredentiam in foro vocant.

h Prohibentur a. per id tempus, quo cum imperio sunt. l. 48. de jud. ad minores magistratus hæc prohibitio non pertinet. l. 2. de in jus voc. l. 32. de injur.

ut

ut nec eorum capaces sint, quæ judicii instar *i* habent; cujusmodi sunt compromissum & jusjurandum. Filiifa. conditio non nihil dissimilis. Is sicut ex omnibus causis tanquam paterfa. obligatur, ita & agi cum eo etiam invito *k* patre actione in personam potest. At si conveniatur de proprietate peculii profectitii, hîc uti res patris est, ita & solus pater actiones suscipere potest. Sed etsi agatur de proprietate peculii non profectitii, sed adventitii cujus pater usumfructum habet, adhuc tamen placet, patrem conveniri debere: quamvis is actionem suscipiens consensum filii adhibere teneatur. Quod si & proprietas & ususfructus filii erit, filius ipse actionem excipit, sed ex *l* consensu patris. In patribusf. qui agere non possunt, iisdem vicissim datum est, ut ne *m* conveniantur; ac ne causa quidem momentaneæ possessionis in minoribus *n* excepta est. Tantùm in magistratibus *o* exceptio una atque altera admissa, si in officio deliquerint; item si periculum sit, ne dies actionis exeat.

i l. 6. & 7. C. de jud. l. 3. §. si servus l. 5. §. 1. de pecul. nec obstat, quod judicio contrahitur. d. l. 3. §. idem scribit. de pec. ex contractu autem servi dominus obligatur de peculio. §. actiones a inst. de act. prius enim, quàm judicio contrahi intelligatur, necesse est, ut id jure consistat.

k l filiusf. 39. de O. & A. l. tam ex contractib. de re jud. Diversam esse causam placuit agentis & conventi. eo quod alium quidem patri obligari potuit, patrem alii non potuit. Convenitur igitur de obligatione sua; agit de obligatione, cujus commodum aut actionem patris esse lex voluit. Nec in persona rei necessariò requiritur, ut judicio per se consistere possit, quia per citationem actoris habilis efficitur. Sic bannitos, quamvis agere non possunt, judicio tamen cõveniri posse tradit Gail. 2. de pac. pub. 12. nu. 17. l *l. ult. in fin. princ. & §. 3. C. de bon quæ lib.* m *V. sunt pupilli, & minores sine auctoritate tutorum: item annui magistratus, majores, non minores, nec municipales. add. Vult. ad l ult. C. ubi de nu. 20.* n *Hoc ideo, quia conveniuntur inviti, & hæc est dd. comm. opinio referente Trentacinq, lib. 2. resol. 6. de jud. n. 12.* o *l. 4. C. ad l. Iul. rep. l. 16. ff. de officio proc.*

CAP. IV.

De judicibus & eorum jurisdictione.

TErtia persona ad judicium constituendum necessaria est judex. Hunc in primis idoneum quærimus. Idoneus est, in quo tria hæc concurrunt; si publica auctoritate constitutus ab eis, qui jus constituendi habent, judicio præsit; si sit competens; si non sit suspectus. Primò exigimus, ut judex

dex *p* publicâ auctoritate judicandi sit prædítus. Hæc authoritas in judicibus uno communi nomine *q* notio appellatur. Ejus duæ species; jurisdictio; & notio nuda. Atque hinc judicum quoque genera duo; unum eorum, qui jurisdictionem habent; alterum *r* pedaneorum, qui notionem tantùm. Jurisdictio in judicibus est, cognoscendi judicandique & judicati exequendi potestas, quæ potestas exequendi *s* pars est imperii, quod mixtum dicitur, & jurisdictioni perpetuò *t* cohæret. Notio est jus cognoscendi & judicandi tantùm. Proinde sine imperio & sententiæ exequendæ *u* potestate. Hinc jam licet intelligere aliam esse potestatem jus dicentis, aliam solùm judicantis. Quippe judicandi potestas solo judicio circumscribitur, quod postquam judex de causa cognovit, esse desinit. Qui autem pro jurisdictione judicat, etiam imperium habet, quo sententiam à se latam exequatur. Sed & jus sæpe dicitur, ubi neque judicium est, neque quidquam fit judicii instituendi exequendivé causa, ut cum magistratus bonorum possessionem dat, tutores non habentibus *x* constituit.

Rursus eorum judicum, qui jurisdictionem habent, genera item duo. Sunt enim, qui eam propriam habent & suo jure: sunt, qui beneficio alieno & mandatam ab iis, qui eam proprio jure *y* habuerunt. Propriam jurisdictionem habent magistratus, non ordinarii tantùm, sed & qui *z* extra ordinem constituuntur

p nam privatorum consensus, ut antè dictum, judicem facere non potest. l. 3. C. de jurisdict. adde l. ult. §. defensores, de mun. & hon.

q teste Ulpiano in l. notionem. 99. in pr. de V. S. qui etiam hoc ipsum indicat in l. 5. de re jud. vid. Gord. ad d. l. 99.

r hi delegati. illi ordinarii ab interpretibus vocantur. ut in foro versantibus notum, quod tamen absonum à jure civili, nam & extra ordinem multi constituti juris dicundi causa l. 2. §. 33. de or. jur. & qui mandatam jurisdictionē habent, non sunt judices delegati. vid. cap. seq.

s nam non omne imperium in exequendo positum, nec sola eò pertinet coercitio, ut postea intelligetur. *t* Existimo imperium non tam partem esse jurisdictionis quam adjunctum ἀχώριστον, per l. 1. de off. ejus cui mand. hac autem pingui descriptione uti malui, quàm subtili aliqua definitione, quæ fortè minus aut perciperetur aut placeret. *u* l. ult. §. 14. de mun. & hon. l. 74. re jud. l. 15. in pr. de re jud. *x* Unde intelligimus multò latius patere officium jus dicentis, quàm judicantis tantùm l. 1. de jurisd. utroque a. latius patet officium magistratus, quo multa expediri sine jurisdictione constat. add. Arist. 6. pol. 8. *y* Divisio totidem penè verbis tradita in l. more. de jurisd. ex qua item interpretanda est l. 1. de jud. quæ eandem divisionem obscuriùs continet. *z* l. 3. §. 1. de off. præf. vig. Junct. ll. 2. §. & hæc omnia 33. de orig. jur. ubi tamen Pomp. hos magistratus esse negat: sed videtur vocem magistratus ad ordinarios, statos & legitimos contraxisse. Certè Fenest. & Cassiod. in numero magistratuum eos recensent. Videatur tamen Bodin. 3. de rep. 2. & 3.

tur

tur juris publicè dicundi causâ, ut præfectus vigilum & annonæ: etiam *a* magistratus municipales. Magistratus autem vox ambigua est, & tam ad munus ipsum, quam *b* personam gerentis refertur. Ex definit. muneris persona gerentis facilè intelligetur. Magistratus igitur est administratio reip. cum potestate juris publicè, & principaliter dicundi. Tria igitur magistratum constituunt; administratio reipub. juris publicè dicundi potestas; eaque principalis: Administratio reip. est *c* procuratio earum rerum, quarum cura ad publicam omnium utilitatem pertinet: qualis est procuratio rei bellicæ, quam potestatem, sicuti ego existi no, *d* nemo olim, qui magistratus non esset, habuit. Talis est juris reddendi & litium dirimendarum cura; item ædificiorum, murorum, viarum publicarum, census, ærarii, annonæ & similium. Non quævis tamen administratio reip. magistratus est, sed quæ in se habet *e* jurisdictionem, saltem in rebus ad eam admi istrationem pertinentibus: nam quæ administrationes omni imperio juridiciali carent, magistratus dici *f* non possunt: qualia ferè sunt munera *g* personalia, & ex honoribus nonnulli, ut *h* decurionatus. Postremo nec quævis juris

a quorum jurisdictio continebatur intra territorium cujusque municipii l. duumvirum. C. de decur. lib. 10. Apud nos qui judices propriam jurisdictionem habeant, satis notum vide sis Merul. synop. prax. civ. lib. 1. tit. 6. Quia, propriam jurisdictionẽ habent, seu ut nunc loquimur ordinarii, non omnes generaliter juridicundo præfecti sunt: sed multis eorum certæ causæ specialiter attributæ: quorundam etiam quamvis de omnibus causis jurisd. non tamen nisi inter certas personas. Vid. inf. cap. 6. & 7.

b *ad munus, ut cum dicimus gerere, inire, deponere magistratum: ad personam cum dicimus, creare magistratum, aliquid ad curam magistratus pertinere &c.*

c *cujusmodi procurationum tot sunt exempla, quot species magistratuum enumerantur à Pomp. in l. 2. post originem. & deinceps. de orig. jur.*

d *Vid Nic. Gruch. re sut. ad post Car. Sigonii disputationem, ubi & contra eundem Sigon. ostendit, potestatem administrandæ rei militaris in dictatorum, Consulum & prætorum magistratu insitam fuisse, ita ut eam haberent jure sui magistratus.*

e *Ad id enim constituti sunt magistratus, ut jus populo reddant, vel, quod idem est, dicant. d. l. 2. §. post originem. unde & magistratus jus dicens nonnunquã appellatur. l. 1. de jurisd. l. 12 de vulg. & pup.*

f *Quemadmodum autem non potest intelligi magistratus, qui nullam jurisdictionem habet; ita nec potest, qui non habet aliquod imperium: cùm nulla sit jurisdictio, cui non cohæreat imperium, quod satis sit ad eam tuendam, efficiendumque. ut ratum sit, quod dixeris. l. ult. de offic. ejus. Sc. Gent. L. 1. c. 28. & lib. 2. c. 2.*

g *Munera publica personalia pleraque administrationem rerum ad remp. pertinentium continent. l. ult. de muneribus & hon. nullum tamen horum magistratus est. l. cui muneris eod.*

h *argumento est, quod decuriones postea ad magistratum vocantur. l. 1. C. de magistr. munic. licet ergo munus dicatur etiam sine dignitate, honor verè non nisi cum ea. l. 10. & l. 14. in pr. de mun. & hon. dignitas tamen latius patet, quàm magistratus, eamque à magistratu etiam secernit. Lips. de magistrat. pop. Rom. c. 1.*

dicundi

dicundi potestas magistratum facit, sed ea tantùm, in qua principem obtineas locum, sive cui, ut veteres passim loquuntur, *i* præsis, hoc est, quam tuo imperio, non alieno mandatu exerceas, ut hac nota distinguatur ab ea, quam quis habet beneficio alieno. Quod si per magistratum personam honorem gerentis intelligi volumus, dicemus magistratum esse eum, cui superior administratio & potestas jure *k* constituta est. In ea autem constitutione duo spectanda; potestas constituentis; & constituendi modus. Potestas constituendi & creandi magistratus post ejectos Reges penes *l* populum omnis fuit: cæterùm translato postea in Principem Imperio, magistratuum creatio ad curam solius *m* principis pertinere cœpit: ut populo exinde nihil amplius hîc licuerit, quam aut princeps concessisset, aut ex veteribus legibus *n* relictum esset. Quale fuit illud jus municipiis relictum, ut municipes suos sibi magistratus municipales crearent, quorum jurisdictio contineretur intra *o* fines cujusque municipii. Fuere autem horum magistratuum duo genera, quorum crebra est in libris nostris mentio; *p* duumviri; & defensores civitatum: illi communes erant municipii magistratus ad res & causas civiles personasque municipii pertinentes: defensorum autem speciale munus fuit, positum in patrocinio innocen-

i l. quod quisq. jur. l. 12. de legib. l. 1. de jud. & magistratus auctore Fest. dictus à verbo magistrare, quod veteribus est regere, moderari, praesse. Panius à magistro derivat. l 57. de V. S. de quo vid. Brisson. lib. 11. de verb. sign.

k utrum princeps sit supremus magistratus, an majus aliquid & excelsius, & à magistratu discernendus, vid. S. Gent. lib. 2. c. 26. & lib. 3. c. 17. Cujac ad l. 2. §. quod ad magistratus. de or. jur.

Quid senatus? magistratus non est, nisi largè: magistratus enim annui, senatoria dignitas perpetua. Sed & Ulpian. senatorium ordinem distinguit à magist. l. 1. §. 5. de postul. vid. tamen Cabot. 2. disp. 3. Pet. Greg. 47. synt. 25. Bod. 3. de Republica 1.   *l Nam initio civitatis constat reges omnem potestatem habuisse. l. 2. §. 14. & seqq. de or. jur. à Servio quidem populo quadam permissa, inter quæ & magistratuum creatio: sed ea concessio tantum fuit, non juris regii abdicatio, qua de re consulenda historia & scriptores Politici.*   *m l. 1. de leg. Jul. amb. quamvis id negat Bod. 1. de Rep. 10. nam quod municipia jus eligendi magistratus habent, sicut & apud nos quadam civitates, id non jure proprio habent, sed consensu principis vel expresso vel tacito; quo etiam refero præscriptionem. vid. omnino Pet. Greg. 4. de rep. 5. & 47. synt. 21. n. 22 & seqq.*   *n hoc quidem nullis certis legibus continetur: sed ubi id sit & quantùm, ex fœderibus, conventionibus, privilegiis civitatis & populi cognoscendum est.*   *o l. duumvirum. C. de decur. Græcis hi magistratus dicuntur στρατηγοὶ καὶ ἄρχοντες τῶν πόλεων. l. 6. §. 16. & l. 15. §. 9 de excus.*   *p l. 1. pr. si quis jus dic. l. 1. §. 6. de mag. conv. tit. C. de def. civ. errat Bodin. qui negat duumviros magistratus fuisse. 3. de rep. 3. vid. Sc. Gent. 2. de jurisd. 6.*

tiæ

tiæ q tenuiorum. Ac de his magiſtratibus illud obiter obſervandum, eos facere non potuiſſe, r quæ imperii magis ſunt, quam juriſdictionis: quod quid ſit, paulò poſt intelligetur. De modo conſtituendi magiſtratus à principe non magnopere quærendum eſt; quippe cujus ſola voluntas pro lege obſervatur. Populo autem magiſtratum creante ſuffragiis ferè aut ſorte res tranſigi ſolet, juxta cujuſque populi s leges & inſtituta.

q l.3. & 5. C. de def. civ. quædam municipia & ædiles habuerunt. l. 30. §. 1. loc. Cujac. in l. 18. C. de decur.

r l. ea quæ, ad munic. qualia ſunt, jubere cavere prætoriâ ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, in integrum reſtituere. l. 3. de juriſd. d. l. ea quæ. §. 1.

s de modo creandi magiſtratus vid. Ariſt. 3. Polit. 15. Bodin. 3. de rep. 3. de ſortitione prolixè tractat. Tiraq de jur. prim. q. 17. opin. 1. eâque minus peccari, quàm electione, exiſtimat Sc. Amurat. diſſert. pol. in Tacit. lib. 10. diſc. 1.

CAP. V.

Qui juriſdictionem mandatam habeant: atque hinc porrò de juriſdictione & imperio, quid inde mandari, tum quatenus ea transferri poſſit.

SUpereſt alterum genus judicum, qui juriſdictionem quidem habent, ſed t mandatam ab his, qui eam proprio jure obtinent. Hic quæſtio quadruplex: poſſitne quam quis juriſdictionem habet, eam alii mandare: ſi poteſt, quando pro poteſtate ſit mandata; an mandata tranſeat & quatenus: tranſlata quomodo & quando finiatur. Primò ſatis conſtat juriſdictionem quam quis habet, eam alii mandare poſſe: ſed inquam mandare, id eſt, alii exequendam dare, qui eam u nomine mandantis exerceat: nam transferre juriſdictionem ſuam in alium, atque à ſe abdicare nemo x poteſt. Cæterùm non quivis mandare juriſdictionem ſuam poteſt: ſed nec cuivis mandari, neque omnia poſſunt, quæ ſunt ejus, qui juriſdictionem habet: ut jam amplius quærendum ſit; quis cui quate-

t vulgò delegatam vocãt: ſicut judex delegatus uſurpatur in jure can. t. de off. deleg. cum quo & commiſſarius confundi ſolet. Gail. 1. obſ. 35.

u l. 3. de off. ejus. l. ſolet, de juriſd. quo vice & partibus ejus, qui mandavit, utatur. l. 1. §. 1. de off. ejus, proinde etſi is, cui mandata eſt, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur. per. l. 5. §. geſiſſe de adm. tut.

x l. pen. de off. præſ. quod meritò conſtitutum: nam qui juriſdictionem ſuam in alium transfert, is hac translatione eum magiſtratum facit: quod ſolius eſt populi, aut principis, cuive id princeps conceſſit. Vult. ad l. 3. C. de juriſd. Sc. Gent. lib. 2. c. 26.

quatenus quid eorum mandare possit. Principio more majorum ita comparatum fuit, ut is demum jurisdictionem mandare posset, qui eam *y* suo jure, non alieno beneficio haberet, ut in urbe olim Prætores, in provinciis proconsules, præsides, cæterique magistratus non majores tantùm sed etiam *z* minores. Mandari porrò iis jurisdictio rectè potest, qui judices dari possunt: iis, qui non possunt dari judices, non potest, de quo postea suo ordine opulentiùs. Postremo quatenus quid eorum, quæ diximus, mandari possit, definiendum ex hac distinctione. Eorum, quæ in potestate magistratus sunt, quædam magistratui jure magistratus *a* competunt, quædam specialiter ei tribuuntur. Jure magistratus competunt duo; jurisdictio propriè dicta seu ordinaria; & mixtum imperium maximè eodem modo acceptum. Quod ut planiùs intelligatur, res paulò altiùs repetenda est. Jurisdictio nonnunquam latiùs accipitur, ut etiam ea complectatur, quæ imperii sunt, & jure magistratus non *b* competunt, distinguiturque vulgò in criminalem, & civilem. Civilis iterum aut *c* voluntaria dicitur, aut contentiosa. Voluntaria, quæ exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Rursus eorum, quæ ad hanc jurisdictionem pertinet, quædam præter approbationem

y l. more. de jurisd. qui aliena utitur. eam alteri utendam dare nõ magis potest, quã rem sibi commodatam alteri commodare. per l. nemo plus. de R. I. hinc vulgatũ illud, delegatum subdelegare non posse, cujus regulæ exceptiones quædã recensentur à Costalio ad l. ult. de off. ejus, sed natæ ex errore, quo delegationem jurisdictionis cum datione judicis confundunt. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus principis subdelegare potest. Gail. 1. obs 97. vid. inf. lit. e sub finem.

z Pratori hoc datum in l. solet. l. prætor, de jurisd. proconsuli in l. legati de off. proc. præsidi in l. 3. & 4 de off. ejus. Atque horũ exemplo idem de cæteris statuendum. arg. d. l. more. de jurisd. d. l. 4. de off. ejus.

a extat divisio in l. 1. pr. de off. ejus. Iure a. magistratus competere ea dicuntur, propter quæ quisq; magistratus creatus, quæq; illius officio initio tributa. &c. prætor creatus, ut de causis privatis cognoscat & judicet, custos sit juris civilis. Cic. 3. de leg. id temperet, suppleat, corrigat. l. 7. §. 1. de just. & jure. Prætori igitur jure magistratus competit jurisdictio contentiosa & quod ei cohæret imperiũ. Sed & illud imperium, cui subservit jurisdictio, eâdem ratione ei competit, si ad jus civile corrigendum aut temperandum spectat; quale est, quod in danda bonorum possessione consistit. l. 3. de jurisd.

b Arg. l. 1. de jurisd. l. 1. & 4. § 3. de dam. inf. l. 1. de off. ejus. VVes. tit. C. de jurisd. n. 6. ut adeo tria hæc omnimoda jurisdictio contineat, imperium merum, mixtum & jurisdictionem simplicem, juxta DD. in d. l. 1. & l. 3. de jurisd. idemq; duplex officium judicis statuunt, nobile & mercenarium. Nobili judicis officio expediri aiunt ea, quæ imperii sunt, mercenario, quæ jurisdictionis simplicis. Zas. ad d. l. 1. n 8. & seqq. Old. in præf. clas. de off. jud. Denique hæc omnia hodie competere jure magistratus. vid. alleg à Treutl. disp de jurisd. th. 4.

c l. 2. de off. proc. Marant. part. jud. 4, dist. 17. n. 62.

& auctoritatem magistratus nihil desiderant; cujus generis sunt adoptio, manumissio, *d* emancipatio: quædam etiam causæ cognitionem & *e* decretum magistratus, ut transactio de alimentis, prædiorum minoris alienatio, manumissio à minore facienda, quibus per me licet adjiciatur tutoris datio; nam & hæc sine judicii contentione exercetur. Cæterum nihil horum, *f* quæ dixi, jure magistratus competit, neque appellatione jurisdictionis propriè continentur. Certè de tutoris datione disertè *g* scriptum est, eam nec jurisdictionis esse nec imperii. Contentiosa jurisdictio est, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contendentes: ad quam *h* pertinent actiones omnes, & quæ actionis instar habent, ut stipulationes prætoriæ, missio in possessionem, quatenus de his magistratus cognoscit, tum quæ pertinent ad judicium exercendum, ut judicis dandi licentia. Hæc species propriè appellatione jurisdictionis continetur, & potissimè huc pertinet. Etiam imperium, quod mixtum aut non merum dicitur, jure magistratus competit: nempe jubendi imperandique potestas in civili negotio, efficiendique ut ratum sit, quod jusseris, hujus imperii duas item species constituo; unum, quod jurisdictioni *i* cohæret atque subservit, comparatum ad jurisdictionem contentiosam tuendam, explicandam, exequendamque: alterum, cui inest jurisdictio, seu cui tanquam principali accedit jurisdictio atque ancillatur: unde quæ hujus imperii sunt, magis imperii esse dicuntur, quam jurisdictionis, propterea quod, sicut in superiore specie jurisdictio, ita in hac magis eminet imperium.

d Ac proinde de plano trāsigi possunt. l. 2. de adop. §. 3. inst. eod. l. 2. de off. proc. §. 6. inst. qu. mod. jus pat. pot. vid Sc. Gēt. l. 1. c. 20. e l. 8. pr. & §. 8. ff. de transf. l. 8. C. eod. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. 4. inst. quibus ex ca. ma. non lic. adi An. Fab. 1. jur. Pap. 5. pr. 4. f Non dico omnia, quæ sunt jurisdict. voluntariæ magistratum habere ex speciali concessione, nihil jure sui magistratus; sed eas species, quas expressimus. Sunt enim quædā, quæ eodem pertinent, & tamen jure magistratus competunt, ut de potestate dandæ bonorum possessionis dictū sup lit. a.

g l. 6. §. 2. de tut. quæ tamen & ipsa ad officium jus dicentis pertinere dicitur. l. 1. de jurisd. nempe ea potestate magistratus semel concessa, idem de similib. judiciū esto. h d. l. 1. l. 3. & 4. eod. Junct. l. actionis, de obl. & act. Atque de hac sola specie jurisdictionis loquitur tit. ff. & C. de jurisd. i l. 1. in fin. de off. ejus. Junct. l. 3. & 4. de jurisd. l. ea quæ, ad municip. Muscorn. de jurisd. n. 143. Baro in l. ult. de off. ejus.

Hujus

Hujus autem *k* generis sunt, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, in integrum restituere bonorū possessionē dare. Quod si vocem Imperii porrigamus etiam ad ea, quæ jure magistratus nō competunt; existimem omnia, quę sunt jurisdictionis voluntarię, ad hoc idem genus pertinere: nam cum magistratus auctoritate suâ interpositâ rata esse jubet, quæ geruntur, hic jussus & auctoritatis interpositio species quædam est *l* imperii: unde adoptio in specie sic dicta fieri dicitur imperio magistratus: & dare bonorum possessionem, quod & ipsum voluntariæ jurisdictionis est, imperio mixto adscribitur. Ex his, quæ dicta sunt, apparet, jurisdictionem & imperium, ut nominibus sunt distincta, ita & *m* re esse diversa, tametsi ratione personæ, cui competunt, ita inter se sint conjuncta, ut separari non *n* possint. Specialiter magistratui tribui dicuntur ea, quæ nisi nominatim ei lege aut senatusconsulto concessa essent, jure jurisdictionis suæ ei non competerent: qualia sunt, quæ volūtariæ jurisdictioni *o* aggregavimus, adoptio, manumissio, emancipatio, transactio de alimentis, prædiorum minoris alienatio, item datio tutoris; quæ magistratui non competere jure sui magistratus, sed specialiter ei tribūta esse haud multò antè ostēdimus. Ad hoc genus præcipuè pertinent exercitio judicii

k dd. ll. multa hic post Ant. Fab. longo val. Govean. in contrarium novissimè, & in speciem valde splendidè disputat Bacbov. animadv. in Trentl. disp. de jurisd. th. 4.

l Non enim omne imperiū in coercendo positum, sed multa sine coercitione, pro imperio tamen expediuntur. d. l. 3. & 4. de jurisd. In iis, quæ sunt voluntariæ jurisd. nulla coercitio, imperium tamen, l. 2. de adopt. §. 1. inst. eod. Duar. ad l. 5. de jurisd. vide scitè differentem Sc. Gent. lib. 2. c. 6.

Concludimus ergò pleraq; omnia, quæ nobili judicis officio expediuntur, imperii magis esse, quam jurisdictionis. *m Nam coercere contumacem, solius est imperii: cognoscere de contumacia solius jurisdictionis. Iubere caveri prætoriâ stipulatione, & in possessionem mittere imperii sunt: de his a. cognoscere jurisdictionis: Quamvis itaque nec imperium sine cognitione exerceri potest, & cognitio sine imperio vim nullam habet; actus tamen utrimq; verè distincti. vid. Trentl. disp. de jurisd. th. 3. lib. 6.* *n Nulla est igitur jurisdictio simplex, si eam in concreto, ut à magistratu habetur consideres: quia nullus magistratus sine imperio, cujus vi jurisdictionem suam inchoat atque explicet. l. ult. de off. ejus l. 2. de jurisd. Sic anima & corpus conjuncta sunt in vivente: sic aquæ haustu concesso etiam iter venit. &c. l. 3. §. ult. de serv præd. rust. At si consideretur in abstracto, non video, quid jurisdictio differat à nuda notione in judice dato.* *o Legis enim actio non nisi apud magistratum fuit vid. Duar. ad l. 3 & 5. de jurisd. Sc. Gent. lib. 2. c. 15. & 17. Ant. Fab. ad l. 2. § 1. de off ejus. At inquis apud legatū proconsulis manumitti & adoptari potuit. l. 17 § 1. de man. vind. l. 2. & 3. de off. proc. rectè. sed non vi jurisdictionis mandatæ; verùm quia id specialiter concessum, sub conditione, si mandata sit: perinde ut magistratibus municipalibus datum est jus dandi tutores l. 3. de tut. dat. ab his, sed jussu præsidis præcedente. § 4 inst de attil tut.*

publici, & imperium, quod dicitur merum. Exercitionem publici judicii (jurisdictionem criminalem nonnulli vocant) appello facultatem cognoscendi de crimine sine exequendi potestate. Hanc jure magistratus nemini competere, sed specialiter lege dari tradit Papinianus. Merum imperium est, habere p gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos, sive id fiat summo supplicio, sive fustium castigatione, sive q deportatione. Dicitur merum, quod alterius rei mixturam non habet, solum sit & per se imperium. Quod adeò verum esse puto, ut nec publici judicii exercitio voce hujus imperii contineatur; cùm illa versetur circa r cognitionem sceleris, hoc circa pœnas. Unde nec eidem semper utrumque concessum fuit: sed sæpe qui quæstiones publicas exercuerunt, jure animadversionis seu mero imperio s caruêre. Utrumque autem habuerunt Romę præfectus urbi, in provinciis proconsules & præsides: legato cognitio concessa absque animadversione. t

Hisce ita constitutis, jam de iis, quæ mandari possunt, ita in universum definiemus: mandari posse omnia, quæ jure magistratus u competunt, non posse,

p l. 3. de jurisd. qua voce significatur gravior quacunque coercitio & pœnâ, quâ reus ex delicto plectitur. Covars. 3. misc. 17. n. 12. Sub honestioris autem vindictæ nomine comprehenduntur reliqui modi, quibus vita adimitur. P. Fab. ad l. 70. de R. I.

q Bartol. sex gradus meri imperii constituit, notatus à Zaz. in l 3. de jurisd. Ipse tria pœnarum genera huc refert n. 25. & seqq. quæ tamen à plerisq; paulò aliter distinguuntur: nimirum, ut prima & maxima sit, qua caput seu vita naturalis adimitur: secunda seu media, qua quis ex numero civium tollitur, puta deportatione aut exilio: tertia & minima, veluti relegatio, fustigatio. &c. Treutl. disp. de jurisd. th. 5. quibus omnibus plerumq; pœna pecuniaria adjicitur. Zaz. d. loc. n. 24.

r Quod verum esse evidenter ostenditur ex Papin. in l. 1. pr. & §. 1. de off. ejus. Junct. l. 8. §. 1. de pœn. l. 11. de off. proc. & probatur exēplo legati. d. l. 1. §. 1. l. 1. C. de off. proc. Obrecht disp. 6. thes. 6, Cujac. ad d. l. 1, lib. 1. quæst Papin Frustrà igitur Treutl. idem sentientem disp. de jurisd. th 3. lit. C. carpit Bachovius.

s Hinc judex quæstionis distinguitur à magistratu. l. 1. §. 1. ad l. Corn. de sic l. aliud est fraus §. 1. de verb. sign. consule Muret. ad l. 2. §. 23. de or. jur. & in primis Nic. Gruch de com. Ro. lib 1. c. 2. Idem etiam apud nos usu venire videtur: quamvis n. utrumque jus uno nomine comprehendimus van halsheerlickheyt ofte hoge jurisdictie, idque conjunctim Vasalli, quibus summa jurisdictio data. habent tamen quando usum hujus juris mandant, aliis cognitio tantùm tribui videtur, ut iis, quos Welboren mannen appellant, aliis animadversio ut Baillivis. Idem de scabinis & prætoribus urbanis sentiendum. Nam præter paganus & scabinus civilē tantū jurisdictionē habent, qui constituuntur van de Ambachtsheer. t d. l. 1. C. de off proc. Junct. l. 1. de off ejus, l. 6. §. 8 de off. præs. l. 6. de off. proc. l. 1. de off præf. u b.

u Quare si verū est, quod pleriq; tradunt, hodie tā criminalē quā civilē jurisdictionem jure magistratus, cōpetere. vid. all. apud Treutl, disp. th. 4 lit. E & seqq consequens videtur, ut e iam cujuscunque generis sit jurisdictio aut imperium, hodie mandari possit. Sanè jure can. quodcunque est cognoscibile, est delegabile. C. quod sedem, & ibi gloss. de off. ord. Cist. ad d. l. 1. Zaz. ad d. tit. n. 2.

quæ

quæ ſpecialiter lege, ſenatuſconſulto, aut conſtitutione principis conceduntur: ut tamen una hic exceptio intelligatur, niſi magiſtratus juſta de cauſa *x* abeſſe cogatur.

Sequitur jam, ut videamus, quando juriſdictio mandata intelligatur. De eo ſic ſtatuendum; mandatam juriſdictionem intelligi, ubi magiſtratus *y* dicit ſe mandare alicui juriſdictionem ſuam: ſe juriſdictionem ſuam alicui exercendam [illegible]re: ſive velle ſe, ut quis in juriſdictione vice ſuâ partibuſque fungatur: ſive juriſdictionem ſuam alicui dare. Enimverò multum intereſt princepsne, an magiſtratus his verbis utatur: nam ſi magiſtratus quibuſcumque ex ſuperioribus verbis uſus fuerit, nihil amplius, quam juriſdictionem mandaſſe intelligitur. Quod ſi magiſtratus judicem dare ſe aliquem dixerit, is judex ſolùm erit; cujus effecta hæc, ut nec juriſdictionem habeat, neque alium judicem dare *z* poſſit, nec ubi ſententiam tulerit, eam valeat exequi. Utrumque hoc contra in principe. Cui princeps juriſdictionem dederit, is eam propriam habebit, non mandatam; ut pote quæ tanquam à *a* lege profecta ſit. Effectus hic, ut ne finiatur hæc juriſdictio *b* morte principis. Rurſus, quem princeps judicem tantùm dedit, ei & juriſdictionem mandaſſe intelligitur: id quod *c* effecta huic judici tributa manifeſtò probant, Nam qui à principe judex datus eſt, is etiam alium judi-

x d. l. 1. quem tamen text. non de ipſo mero imperio ſeu executione, ſed de cognitione & exercitione criminalis judicii intelligendum eſſe ex Bald. ad l. 2. C. de ped. jud. tradit Coſt. ad d. l. 1. quod & verius puto per ea, quæ habet Oſvv. Hill in Don. enuc. lib. 17. c. 8. litt. dd. in not.

y l. 3. & 4. de off. ejus l. 16. de jurisd. Neceſſe eſt a. ut delegatus exhibeat literas mādati [illegible] qui illi nō creditur C. cū in jure. de off. del. Menoch. 2. præſ. 13.

z l. à judice. 5. C. de jud. quod contra eſſet, ſi iis verbis juriſdictio mandata intelligeretur. l. 3. de jurisd. in fin. adjunge l. à divo. 15. pr. de re jud.

a Si quidem poteſtas dandi; & efficiendi propriam, quam magiſtratus non habet, in principe cum voluntate concurrit. l. 6. de jurisd. Junct. l. 1. de conſt. princ. Quando a. princeps ordinariam aut delegatam conceſſiſſe cenſeatur, ſi verbo dandi uſus non ſit. vid. Menoch. 2. præſ. 16. n. 23. & ſeqq.

b Quod contra futurum erat, ſi mandata tantùm intelligeretur. d. l. 6. notum n. eſt, mandatum morte finiri mandatoris. l. inter, 26. pr. ff. inſt. eod.

c d. l. 5. C. de jud. l. un. in fin. C. qui ſua jurisd. Junct. l. 1. in fin. de jurisd. l. 1. in fin. l. ult. quis à quo app. hanc a. mentem eſſe principis cauſam delegantis exiſtimari par eſt, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipſa executio majeſtate ejus inferior.

cem dare poteſt, atque ab hujus ſententia appellatur is, qui eum dedit, non princeps.

Cæterùm cùm *d* mandata duntaxat juriſdictio in perſona judicis à principe delegati accipiatur, id circo morte principis ea *e* finietur.

Tertium eſt, ut quæramus quatenus mandata juriſdictio tranſeat. Hoc ſumendum ex ipſo mandato, quemadmodũ & in cęteris rebus omnibus fines mandati *f* cuſtodiendo [illegible]ſſe conſtat. Si igitur tota juriſdictio mandata eſt, univerſa tranſit, ut tamen ſemper excepta eſſe intelligantur, quæ *g* ſpecialiter alicui cõceduntur: ſi pars tantùm, puta in certas perſonas aut cauſas, nihil amplius, quàm quod mandatũ eſt. Quidquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus tranſire, ut ſemper ſit aliena juriſdictio: ne pro ſuo imperio quid agat is, qui juriſdictionẽ mandatam ſuſcepit: ſed mandatoris *h* vice in ea exercenda fungatur. Itaque proprium hîc *i* nihil eſſe mandatarii diximus. Reſtat quartum & poſtremum, ſuſcepta juriſdictio quibus modis & quando eſſe deſinat. Iſtuc una præceptione continetur, ut dicamus juriſdictionem mandatam iiſdem modis finiri, quibus & reliquarum rerum mandatum evaneſcit. In quo & mortem mandantis & revocationem numerabimus. *k*

d Sunt tamẽ, qui contendunt, ſi quem in certo territorio, vel ad univerſitatẽ cauſarum judicẽ princeps dederit, juriſdictionẽ ejus propriam feciſſe. Sc. Gent. lib. 2. c. 26.

e d. l. 6. de juriſd. hinc jam facile intelligi poteſt, quatenus recipiẽdum, quod vulgo tradũt. delegatum principis ſubdelegare poſſe, nempe poſſe eum alium judicem dare, idq; ſemper, non tantum ſi propriam habeat ex datione principis juriſdictionem, ſed etſi [illegible]andatã duntaxat, qualem etiã in eo agnoſcimus, qui vel judex à principe datus ſit. Iuriſdictionem a. delegare non poſſe, niſi ex voluntate principis ejus propria facta ſit. f *l. 16. & ſeq. de juriſd. l. 5. mand. ad cautionem itaque advocati pertinere tradunt, ut petat palam commiſſionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum ſit. Poteſt & committens ſuper dubio conſuli. Gail. 1. obſ. 35. n. 3. & ſeqq.* g *Nam abſurdum eſſet generali oratione plus tribui, quam ſpeciali. d. l. 16. Iunct. l. 1. §. 1. l. 2. de off. ejus.* h *d. l. 1. §. 1. quapropter etſi forte majori magiſtratui (puta in alieno territorio, aut aliis in cauſis, aut inter alias perſonas) minor mandavit; major tamen in mandata non majorem juriſdictionem habebit, quam quanta ejus eſt, qui mandavit. l. 3. de off. ejus.* i *Non obſtat l. 13. de off. proc. neque enim ſequitur, legati proconſulis nihil proprium habent, niſi à proconſule eis mandata ſit juriſdictio, ergo ubi mandata eſt juriſdictio, eorum eſt propria, & aperte negatur in d. l. a. 1. §. 1. ſed hoc tantùm, mandata juriſdictione quædam illius propria fieri: quod non negamus, ejuſmodi a. ſunt tutoris datio, ſuſpecti cognitio, & ſi qua ſunt alia, quæ jure proprio habet ſpecialiter ei tributa, occaſione quidem, ſed non vi mandatæ juriſdictionis, & fortaſſis ad ejuſmodi ſolùm cauſas pertinet, quod Venul. ſcribit in l. 2: quis à quo. app. à legato proconſulem appellari.* k *§. Item ſi. Inſt. de mand. l. 15. C. eod. Ordinaria a. magiſtratus poteſtas morte principis non ſolvitur. c. 2. de off. deleg. in 6. vid. Bod. 3. de rep. 2.*

CAP.

CAP. VI.

De foro competenti, seu ubi quis agere vel conveniri debeat. Primò de loco & causis ad jurisdictionem cujusque pertinentibus.

TEnemus qui judices jurisdictionem, qualem & unde acceptam habeant: quæ cognitio ad omnem judicis & judicii constitutionem necessaria est & prima. Nunc ad datos judices, qui notionem tantùm habent, transeundum esset, nisi priùs, quàm eò venatur, statui oporteret, quis judex in jurisdictione sit idoneus. Non enim continuò quivis idoneus est, qui jurisdictioni aut judicio præest, sed necesse est, ut etiamsit *l* competens: quod inter conditiones idonei judicis secundo loco à nobis positum est, atque hoc loco omninò tractandum: non quod in superiore tantùm genere competentem judicem quærimus: sed quia hoc non constituto frustrà quæritur judex datus, ut pote qui non nisi à competente rectè detur.

Competentem judicem generaliter definimus eum, cujus de ea re, qua de agitur, notio est: ac proinde apud quem quis agere vel conveniri *m* debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium. Quod si judex jurisdictionem habeat, is dicitur competens, cujus de ea re *n* jurisdictio est. Itaque qui hæc duo noverit; quam & quantam jurisdictionem judex habeat; tum an id, de quo agitur, ad jurisdictionem ejus pertineat, is simul noverit, sit ne hic judex competens, nec ne. Et id quidem in mandata jurisdictione facilè colligitur; quippe ubi *o* tantùm jurisdictionis quisque habet, quantum mandatum est, non amplius: at in eo, cujus

l tit. C. si à non comp. jud. usurpatur hoc verbum à veterib. in l. 2. si quis in jus voc. l pen. ff. de jurisd. l. 1. Cod. eod.

Dicitur a. competens eodem sensu, quo dicimus res aliquas nobis competere. ut actiones, usuras, libertatem. inst. de perp. & temp. act. pr. & §. 1. l. lect. in fin. si cert. pet. l. ult. §. ult. de inoff.

m tit. ff. de jud. & ub. qu. ag. vel conv. deb. tit. C. de jurisd. & foro comp & tit. x. de foro comp. forum a. auctore Varr. 4. de lingua lat. à ferendo dictum, quod eo conferrent controversias suas. & quæ vendere vellent, quæ notatio non magis foro negoti[illegible], quā judiciario, de quo agimus, convenit. *n l. 2. si quis in jus voc. non ser. quá clausulâ & prætor usus est in edicto de re judicata.* *o de quo ex primaria jurisdictione eorum, qui jurisdictioni præsunt, statuendum, ut dictum cap. prac.*

propria est jurisdictio, hæc quæstio non æquè expedita est, ac proinde in eo solo disceptanda. Omnis jurisdictio tribus hisce rebus p circumscribitur; loco, in quo jus dicitur; causis, ad quas pertinet jurisdictio; personis jurisdictioni cujusque judicis subjectis: quibus & q quartum adjici posse existimo, ordinem, si fortè inferior priùs adeundus, quam ad superiorem veniatur, cui tantùm jus est de appellatione cognoscere; de quo tamen plura in præsentia non dicam: quia de appellationibus ex professo nobis tractandum primo judicio absoluto. Principio non omnibus locis quivis magistratus aut judex præficitur, sed certa cuique loca attributa sunt in quibus pro potestate jus reddat, quorum comprehensio r territorium appellatur, ex eo, quod magistratus aut judex in iis locis s terrendi jus habet. Extra hæc loca planè privati sunt. Sic olim prætores Romæ, in provinciis proconsules & præsides, sed in sua quisque provincia jurisdictionem habuerunt; extra ea loca nulla eis fuit jurisdictio aut notio, ne in t consentientes quidem. Cæterum de his locis qui tituli extant tum in digestis, tum in Codice, nihil admodum hac in quæstione nos juvare possunt, ut pote forma Imperii Romani una cum ipsa republica mutatâ. Consulendæ potiùs,

p Quamvis enim jurisdictio omnis eadem respectu essentiæ & naturæ suæ: tamen loco causis & personis limitata est. Vult. ad l. 1. C. de jurisd. n. 18. quo pertinent clausulæ toties inculcatæ; pro sua jurisdictione, secundum jurisdictionem suam & similes. l. 2. si quis in jus voc §. 4. inst. de att. tut. l. un. si quis jus dic.

q Non malè enim incompetentia ordinis vocatur, cum inferior, cujus cognitionem præcedere oportet, præteritur. Vult. ad l. 4. C. de jurisd n. 19. qui tamen add. l. 1. C. eod. n. 149. vult superiorem tunc æquè competentem esse, sed ordinem non esse confundendum.

r Meminerimus vocem territorii hic accipi pro finibus, intra quos jurisdictio continetur: ideoque plures idē territoriū habere posse: sicut olim in urbe diversis causis præfecti magistratus habuerunt, & in provincia cum aliis magistratibus procurator Cæsaris. Eodemque sensu & Rector Academiæ territorium habet. Alioqui si territorium accipiamus pro regione aut civitate, quæ alicui subjecta est, aut regenda data, plures uno territorium non habent. Vult. ad l. 1. C. de jurisd. n. 53.

s Id est, summovendi l. pupillus §. territorium. de V. S. intellige turbam per lictores, qui magistratibus populi Rom cum fascibus præibant. Alciat. ad d. §. territorium. Aliis aliorum notationes magis placent. Territorii a synonymum videtur districtus, quæ vox a distringendo i coercendo dicta. Alii tamen eam latius patere volunt. Hier. de mont. de fin. reg. c. 7. n. 9. vid. Alc. d. loc.

t l. 3. de off. præs. l. ult. de jurisd. l. 3. C. eod. nihil igitur obstat l. 1. C. de jud. atque hinc vulgatum illud; prorogationem jurisdictionis de loco ad locum non admitti, nisi convenerit, ut alio quidem quàm recepto loco judicetur, sed intra territorium: nam extra territorium transferri judicandi potestas non potest, veluti ut judex Leydensis judicet Amstelodami. Excipiunt ea, quæ sunt jurisdictionis voluntariæ. per l. 2. de off. proc. Covarr. 3. res. 20. n. 8.

super

ſuper ea re leges & inſtituta cujuſque gentis & civitatis, & in his magiſtratuum muniorumque cujuſque *u* deſcriptio. Secundò nec in his ipſis locis cujuſque magiſtratus continuò juriſdictio eſt, ſed certæ plerumque cauſæ juriſdictioni cujuſque attributæ ſunt. Quod & ipſum etſi meliùs ex legibus cujuſque civitatis cognoſcitur, quam ex jure Romano: tamen nec illæ rem omninò expediunt. Ut igitur quid certi hîc ſtatuatur, utemur hac diviſione. Ex iis, qui juriſdictionem habent, quidam ſpecialiter præficiuntur certis cauſis; quidam ſimpliciter & generaliter juri dicundo. Sic apud Romanos *x* quidam cauſis criminalibus præficiebatur, quidam civilibus & pecuniariis. In civilibus iterùm alii *y* cauſas exercebant fiſcales, ut procurator fiſci, qui idem procurator Cæſaris, & rationalis: alii privatorum. Rurſus in privatis cauſis quibuſdam certæ ſpecies tantùm attributæ, ut prætori fidei commiſſario: quibuſdam cauſæ quidem omnes, ſed ad certam tantùm quantitatem, ut defenſoribus civitatum initio ad 50. poſtea ad *a* 300. aureos. Quod ſi in hac ſpecie quæratur, quæ quantitas intra modum juriſdictionis conſiſtat, quæ eum excedat, ſemper inſpiciendum eſt, quantum *b* petatur, non quantum debeatur. Sed etſi idem pluribus actionibus experiatur, quarum ſingularum quantitas intra modum conſiſtat, coacervatæ excedant, ad huc

u Nam & nomina magiſtratuum eorumq́; munia frequètari deſierunt, ac ipſa juriſdictionis ratio plurimum innovata, ut hæc ad noſtra tempora vix accommodari queant. Conſule Guid. Pancirollo de notis utriuſq́; imperii Forſt. l. de juris. Rom. Pet. Greg. 7. ſyntag.

x Unde alii judices criminales dicti, alii civiles. tit. C. de off. civ. jud. idem tit. ut jud. tam civil. quam milit.

y tit. ff. de off. proc. Cæſ. & tit. C. ubi cauſ. fiſc.

a l. 2. §. capta verſ. Divus de orig. jur. §. 1. in fin. inſt. de fid. her. Sic de controverſiis feudalibus conſuetudine feudor. judicant dominus feudi & pares Curiæ. vid. tamen Zaz. in epit. in uſu feud. part. 7. Apud nos de iiſdem cauſis in prima inſtantia judicat Curia feudalis, extra eas cauſas Vaſallus ordinariæ juriſdictioni ſubjicitur. Certe item cauſa attributa præfecto ſylvis; den Hout-veſter ende Meeſter-knapen. *vid. Merul. lib. 3. ſyn. prax. civ.*   *a l. 11. de juriſd. Junct. l. 1. C. de defenſ. civ. nov. 15. c. 3. §. ult. ubi Cuiac.*   *b l. pen. § ult. de juriſd. finge igitur eum, à quo in propoſitâ ſpecie 400. petebantur, in 300. condemnatum, dicendum eſt, nec in 300. ſententiam valere: quia petitio modum excesſit juriſdictionis. At vice verſa, ſi cum 400. debebantur 300. tantùm petita, inque ea condemnatio facta, valebit ſententia. Dubitandi cauſas expedit Zaz. ad d. §. ult. n. 3. & 3. ſeqq. Quid ſi valor rei pendente lite creverit? viſum eſt aſſeſſorib. cam. imper. tale incrementum non excludere limitatam alioqui juriſdictionem, Myнſ. 3. obſ. 100.*

dicendum est *c* rectè eum agere. Non idem tamen probandum est in judiciis *d* divisoriis, si tota res in judicium deducta modum jurisdictionis excedat. Cum autem generaliter quis & sine ulla causæ designatione juri dicundo præponitur, hujus de *e* omni causa jurisdictio est. Duo tantùm causarum genera hic excipiuntur: unum earũ, quæ jure magistratus non competunt, ut sunt causæ meri imperii & reliquæ, quæ non nisi specialiter concedi solent: alterum earum, quæ alteri postea specialiter constituto nominatim attribuuntur. Quamvis enim plerique existiment, jurisdictionem hoc in casu cumulari: veriùs tamen esse, tantùm de jurisdictione generali prioris magistratus detrahi, quantum illi alteri postea tribuitur, non solùm exempla prætoris fideicommissarii & procuratoris Cæsaris *f* ostendunt: sed etiam certa ratione juris defenditur, cum in toto jure generi per speciem derogetur. Sanè qui professionem aliquam aut negotiationem exercent, possunt quidem in his causis suos habere judices, ad quos *g* summa professionis collegii cura pertinet: cæterùm quorum specialis jurisdictio concurrat cum generali jurisdictione præsidis, ut is hic sit judex, quem actor elegerit, neutrius forum reus declinare possit, sicuti nominatim *h* cautum est. Atque hæc causarum, quæ ad jurisdictionem cujusque judicis pertinent, descriptio est quâ cognitâ in universum ita definire licebit; unumquemque judicem de causis sibi attributis cognoscere oportere, extra eas causas etiam in territorio suo, jus dicenti impunè nõ *i* pareri. Quod tamen & ipsum cum hoc temperamento accipiemus,

c d. l. 11. in pr. de jurisd. neque n. summæ coacervari debent ad excludendam jurisdictionẽ judicis aliàs competentis: quod est odiosum. d. l. 11. §. 1. in fin. arg. C. odia. de reg. jur. in 6. Aliàs ubi id favorabile, ut in specie l. 9. §. 1. de pact. summarum plurium cumulatio admissa. Zaz. ad d. l. 11. n. 4. & seqq.

d propter adjudicationem totius, quæ in unum aliquẽ conferri potest. d. l. 11. §. ult.

e arg. l. si servitus. 23. de serv. præd. urb. exceptio primi generis ex iis, quæ dicta sunt cap. præc. satis manifesta.

f l. 2. §. capta. de or. jur. l. 1. & 2. C. ub. ca. fisc. junct. l. in toto. de R. I. nisi expressè contrà cautum, ut in specie l. 1. C. de off. præf. urb. Communis tamen sententia est, jurisdictionem in una specie causarum favore publico concessam in dubio censeri factum cumulativè. Menoch. 2. præsumt. 18. n. 26. & seqq.

g Seu causarum ad negotiationem collegii pertinentium. Gail. 2. obs. 20. n. 9.

h l. ult. C. de jurisd. Concurrit itaq; hic jurisdictio, proconsulis quidem ex potestate generali. ex peculiari ejus ad quẽ ista cura pertinet, & coram uno conventus fori præscriptionem non habet. add. Vult. ad d. l. ult. de judicio mercatorum, & quid peculiare habeat, vid. Ben. Stracha de mercat. add. Gail. 2. obs. 20.

i l. 11. & d. l. ult. ff. l. 1. C. de jurisd. l. 1. C. de peda. jud. l. 61. §. 1. de jud.

piemus, ut si quid præter causam principalem in judicium inciderit, ad officium judicis pertineat *k* incidentem quæstionem, etsi de ea principaliter cognoscere non potest, examinare non ut de ea pronuntiet, sed de re in judicium *l* principaliter deducta. Cæterùm tota hæc definitio ad invitos pertinet: nam in consentientes etiam in aliis causis jurisdictio est, ut docebimus capite proximo.

k l.1.C.de ord. jud. l.1. C. de off. rect. prov. l 3. C. de jud. arg. l.2. ff. de jurisd.

l Nam ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. l. ut fundus. com. div. Tantùm igitur summariè de quæstione incidenti cognoscet, ut eâ expeditâ certius de principali negotio statuere possit, ne continentia causæ dividatur. VVes. ad d.l.3. C. de jud. n.3. & 4. Sich. ad. d.l.3. quem omninò vide.

CAP. VII.

Quæ personæ quibus de causis judicis cujusque jurisdictioni subjiciuntur.

NOn est satis ad competentem judicem constituendum, ut jus dicat in territorio suo, idque in causis jurisdictioni suæ attributis: tertium accedere oportet, ut & cognoscat inter eas personas, quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt. Hæc verò pars non tam ex constitutione cujusque magistratus aut legibus civitatis, quam ex jure constituto cognoscitur: nisi fortè sint, qui specialiter inter certas personas (quod raró admodùm accidit) judices *m* constituantur, ut olim magister militum inter milites; procurator fisci inter fiscum & alias personas; & ex novella lege Rector Academiæ inter studiosos: qui tamen & ipsi ex certis causis etiam in alios jurisdictionem habent: de quo postea suo ordine.

Subjicitur quisque jurisdictioni alicujus aut volens, aut *n* invitus. Volens, quicunque judicis alicujus audientiam sequitur, quamvis jure non subjiciatur ejus jurisdictioni. Qua de re extat brevis & enodatè totam hanc partem complectens definitio Ulpiani;

m vide obiter. l. magisteria. 6.C. de jurisd. tit. C. ut jud. tam civil. quã milit. l.1. C. de perd. jud. auth. habita. C. ne fil. pro patr.

n uterq; quidem lege, sed alter lege jubente, alter permittente. In summa forum competens, aut ex partium consensu, aut sola juris auctoritate add. Vult. ad l.1.C. de jurisd. n.69. Bocę de jurisd. c.6. n.1.

piani; Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant, in *o* consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. Ex hac definitione apparet, tres hîc conditiones esse spectandas; si quis se subjiciat jurisdictioni judicis; si in eum consentiat; si is judex aliquam jurisdictionem habeat. Subjicit quis se jurisdictioni alicujus aut verbis; aut *p* re ipsâ & facto. Verbis, conventione extrajudiciali. Conventio hæc aut nuda est & simplex; aut justa & legitima. Qui simpliciter extra judicium in alium judicem consensit, sententiam mutare, *q* antequam is adeatur, impunè potest. Justa autem & legitima conventio, qualis jure civili est stipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea nascitur, non *r* potest. Re ipsâ & facto, si quis ad non suum judicem vocatus audientiam ejus elegit, id est, actionem suscepit sive litem contestatus est, *s* omisâ fori præscriptione: nam ante litis contestationem si reus quid dixerit aut fecerit, verbi causâ, si desideraverit sibi *t* edi genus actionis, non videtur in judicem consensisse. Secunda conditio est, si in judicem litigatores consentiant. Fieri enim potest ut reus in superioribus factis non consenserit, qui si id *u* probare paratus erit, audiendus est: ab actore utique non alia consensus probatio exigitur. Dissensum arguunt

o l. 1. ff. de jud licet primo non subjicerentur, quod vel ex alieno territorio, vel persona aut causæ exceptæ: aut etiam quod litigans maior judice vel æqualis. l. 14. ff. de jurisd.

p sive conventione expressa, aut tacita, ut alii. rrs n. eodem recidit.

q nempe ubi de prorogãda jurisdictione judicis incompetẽtis & de paciscente obligando agitur breviter, si convenerit, ut alterius jurisdictionẽ subeat. l. 18. de jurisd. Junct. l. 7. §. 4. de pact. Quando a. paciscendo non egit, ut se alterius jurisdictioni subjiceret, sed ne fori præscriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet: hæc pactio exceptione aut replicatione servari potest. Don. ad l. pen. n. 4. C. de pact. hodie a. hæc distinctio supervacua: cum etiam ex nudo pacto actio nascatur, juxta scita juris can. c. 2. & 3. x. de pact. & DD. com. opin.

r Non quod is, qui id justa conventione caverit, districtè cogatur judicis cuius se jurisdictioni subjecit, audientiam sequi: sed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod interest adversarii, aut pœna subjecta adversus eum committatur, ut tenent omnes DD. in d. l. 18. teste Zaz. ibid. n. 13.

s l. 1. C. de jurisd. l. sed etsi suscepit, ff. de jud. itaq; duæ res hic reum jurisdictioni subjiciunt; contractus per l. 3. §. idem scribit. de pecul. l. heres. §. 1. de jud. deinde fori præscriptionis initio litis opponendæ omissio. l. ult. C. de exc.

t l. non videtur, 33. de jud. nam editionem actionis nemo postulat, ut neget, quod intenditur, sed ut cognoscat, qua actione conveniatur: eoque cognito sciat, utrum cedere an contendere debeat. l. 1. de edend. Ioan. & Azo in l. 1. de jud. Zaz. ad d. l. 18. n. 3. & 4. Quid si exceptio dilatoria opposita sit: jurisdictio censetur tacitè prorogata. ut. DD. conc.

u Cautus itaque reus comparens utetur protestatione de non proroganda jurisdictione, nisi quatenus jure teneatur.

duo;

duo; error; & vis magistratus. Error, si quis alium judicem pro alio admiserit, *x* putans ejus jurisdictionem esse, cujus non erat. Vis magistratus, si quis invitus & ad forum suum revocans alienam subire jurisdictionem à magistratu *y* compellatur. Illud obiter de consensu notandum, non aliorum consensum hic exigi, quam ipsorum litigatorum, ac ne prætoris quidem *z* aditi. Postrema conditio est, si judex. in quem consensum est, aut tribunali præsit, aut aliam jurisdictionem habeat, id est, si *a* aliquam habeat, aut propriam aut *b* mandatam, neque enim potest privatorum consensus eum efficere judicem, qui nulli judicio præest, nec quod is statuit, vim judicati habere. Ceterùm ut ad prorogandam jurisdictionem nihil refert, qualem jurisdictionem judex habeat, ita nihil quoque interest, quantam habeat, omnimodam, an certis finibus aut causis definitam, dummodò jus dicat in suo *c* territorio. Sive igitur exterus quis, sive miles, sive pagani, sive privati, sive studiosi, sive personæ ecclesiasticæ alterius judicis, quam ad cujus jurisdictionem pertinebant, audientiam ultrò secuti fuerint, in consentientes cujusvis judicis erit *d* jurisdictio. Sed etsi judex de aliis causis, quam quibus præfectus est, aditus sit, nihilominus in *e* consentien-

x nam error consensum. non habet. l. 15. de jurisd. l. 2. de jud. idque verum est, sive unus erret, sive uterque; nisi errore comperto nihilominus procedant. Zaz. in d. l. 15. n. 19. & 26. nec in proposito interest, facti error sit, an juris. d. l. 2. de jud Zaz. d. loc. n. 16. & 2. seq. dissent. Iner. eumq; secutus Duar. ad d. l. 15. per l. 8. pr. de jur. & fact. ig. l. 2. de conf.

y d. l. 2. in fin. pr. de jud. l. nihil tam consensui de R. I. l. si mulier. §. si dos metu. & ibi gloss. quod met. ca. Doctores & addubitantem hac extendunt per l. fin. C. de cond. ind. Zaz. d. loc. n. 12.

z d. l. 2. §. 1. ac nec judicis ordinarii, & competentis, ut pote cui nihil adimatur. Vult. ad l. 1. C. de jurisd. n. 66. vid. tamen eund. ad d. l. 1. n. 168. Duar. de jud. C. de for. comp. Gail. 1. obs. 40. n. 3.

a l. 1. de jud. per. l. 3. C. eod. denique, quod non est, prorogari non potest. l. 5. de pres.

b d l. 1. l. 1. §. 1, & l. pen de off. ejus dissent. com. DD. & cum iis Zaz. ad d l 15. n. 15. quorum opinio jure can. probatur. C. P. & G. de off. del. mediam viam ad conciliationem aperit OSVV. Hill. lib. 17. C. 10. lit. p. Bald. quoque distinguit inter mandatam universitatem, & unā tantùm causam, in l. 1. de jud in add. sub fin.

c Extra quod nulla ejus jurisd. ne in consentientes quidem. l. ult. de jurisd. Junct. l. 3. de ju.

d l. 1. C. de jurisd. l. pen C. de pact. Ecclesiasticis quidem personis proprii judices attributi posteriore. impp. const. l. placet C. de Episc. & cler. auth. statuimus. C. de Episc. aud. sed ita ne inviti ad alios vocentur, nam quo minus ultrò se subjiciant, & privilegio suo renuncient, nihil est impedimento d. l. pen. Jus a. Can. Ecclesiasticos jurisd. magistratus politici penitus exemit. C. significasti & c. si diligenti x. de for. comp. quàm eclè Pontificis viderint.

e Exempl. ind l. 1. C. de jurisd idque sive genere causarum definita sit jurisdictio, sive quantitate. l. 28. ad munic. dummodo causæ sint ejusdem naturæ, nec genere summo tantum conveniant, ut causæ civiles & criminales. l. 1. C. ubi ca. fisc.

tes erit illius jurisdictio. Hoc unum modò spectandum, an causa, de qua aditus est, jurisdictio illius sufficiat: nam si non sufficit, non est in potestate privatorum novam cuiquam jurisdictionem *f* dare. Quamobrem duas causas hic excipiemus; animadversionem in facinorosos in judice *g* civili; tum etiam controversiam, quæ ad ecclesiam & *h* fidei doctrinam pertinet in judice politico. Effectus prorogatæ jurisdictionis hic, ut tantam judex electus in consentientes habeat, quantam haberet, si jure ad jurisdictionem ejus *i* pertinerent. Quare si mandatam habuit, eâ finitâ etiam finietur prorogata.

De iis, qui inviti jurisdictioni judicis, ad quem vocati sunt, subjiciuntur, variè jure constituitur, atque in eo consideratur partim persona conventi, partim causa. Qui convenitur, aut ex alterius persona convenitur, aut ex sua. Ex persona alterius conventi ibi conveniri, ibique se defendere debent, ubi is debuit, ex cujus persona conveniuntur. Eorum duo genera; hæres; & defensor. De hærede hæc Ulpiani *k* definitio est: hæres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, & conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Ait absens, ut hunc à præsente distinguat in conveniendi *l* facultate: quoniam absens etsi in jus vocari potest, conveniri tamen per naturam non potest, quod in præsentem solùm cadit, qui idcirco non minùs ibi conveniri, quam defendi debet. Ait defendendus est, ubi defunctus debuit: igitur etsi ex sua persona alibi forum sortiatur, & se defendere deberet. Ait, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Privilegium intelligit proprii judicis, ad quem revocare heredi liceat, etiamsi jure

f d.l.1. Junct. l.3. C.de jud. nec obstat. l.1. ff. de jud. nam in consentientes non alia jurisdictio exerceetur, quam quæ prius fuerat.

g Cui ea nec generaliter nec specialiter tribuitur. l.1. de off. ejus. Junct. d.l.1.

h Neq; enim ea est vel principis ipsius auctoritate, ut potestate sua αὐτοκρατορικῇ hujusmodi controversias dirimere possit, sed nec diremtas remediis à Christo institutis exequi potest. Quid verò hic licere debeat ecclesiæ, cujus potestas tota est διακονικὴ, tum quanta hic sit synodorum legitimè convocatarũ auctoritas. Theologis ex verbo Dei definiendum relinquo.

i *Prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturæ & conditionis, cujus est ordinaria: itaque si à judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata jurisd. Vasq. 2. contr. us. freq. 14. n. 25.*

k *Extat in l. heres. 19. in pr. de jud. add. l. si is. 34. eod.*

l *Id quod sequens membrum indicat, & hoc sentit, heredem quamvis absentem ibi defendendum esse, ubi defunctus debuit: etsi præsens inveniatur etiam conveniendum, non minus tamen absens in jus vocandus prius, quam bonorum possessionem aut distractionem patiatur.*

communi

communi ex ſua perſona rectè *m* conveniatur. Id verò geminum eſt; publicum, & privatum. Publicum, quod jure publico certo generi perſonarum tribuitur; quale eſt ſcholaſticorum, militum, eccleſiaſticorum, quibus revocandi poteſtas ad proprios ſuos judices legibus publicis data *n* eſt. Privatum eſt, quod cuique à principe ſpeciali diplomate ob gratiam dignitatemvè indulgetur. Neutro autem heres ex perſona defuncti conventus ſe tueri poteſt. Ac de privato arbitror mihi cum cæteris conſtare: de publico plerique diſſentiunt. Sed ſi id, quod jure publico certo generi perſonarum tribuitur, proprium cujusque rectè dicitur, ut pote cujus commodum ad ſingulos ſuo nomine *o* pertinet, utique manifeſtum eſt, etiam tale privilegium ſuperiore definitione excludi. Et verò *p* ratio juris non patitur, ut is, qui in jus alterius ſuccedit, ejus jure non utatur, cum perquam iniquum ſit, eum, qui cum defuncto contraxit, conditionem & privilegium ſequi heredis. Exemplo ſunto pupillus & fiſcus, quibus etſi ſua quoque privilegia publicis legibus tributa ſunt, tamen ſi non ex ſua perſona, ſed ex defuncti, cui heredes extiterunt, conveniantur, placet eos non privilegiis ſibi datis, ſed jure defuncti *q* uti debere. Defenſoris, id eſt ejus, qui alium in judicio defendit, eadem cauſa: nam ſive is volens, ſive jure coactus defenſionem ſuſcepit, forum domini ſequi debet, cujus vicē ſubiſſe intelligitur. Exemplo eſſe poteſt vēditor in cauſa *r* evictionis.

Solum igitur hoc ſupereſt, ut quæramus, ubi quiſq; ex ſua perſona forum ſortiatur, eadem opera intellecturi, quo in foro quis conveniri debeat ex perſona aliena.

m Nempe in iis locis, ubi id jure licet: cujuſmodi loca vulgaria ſunt duo, ubi domicilium quis habet, & ubi contraxit. d. l. heres. §. 1.

n d. l. pen. C. de pact. l. 7. C. de jud. l. 6. C. de juriſd. auth. habita. C. ne fil. pro pat. l. placet. C. de Epiſc. & cler. auth. ſtatuimus. C. de Epiſc. aud.

o l. 1. §. in propria, quād. app. & verò ſi ſingulos ſpectamus & uſum hujuſmodi privilegiorum, non poteſtatem utendi ſingulorum propria ſunt. Denique conſtat & id, quod commune eſt, proprium noſtrum dici, utique pro ea parte, quæ noſtra eſt. l. pupillus. §. ult. de V. S. Contraria tamen ſententia obtinuit. Bart. Caſtr. Caſtel. ad d. l. heres.

p l. qui in jus. 177. de R. I. Junct. l. 3. in fin. pr. quib. ex ca. in poſſ. eat.

q d. l. 3. pr. Junct. l. 6. pr. quib. ex ca. in poſſ. l. 6. de jur. fiſc l. cum quidam. 17. §. fiſcus. ff. de uſur. Junct. l. 2. C. de priv. fiſc.

r l. venditor. 49. de jud. l. 1. C. ub. in rem. act. add. l. minor. 51. l. ſed & hæ. 35. §. defenderr. de proc. VVeſ. ad l. 2. C. ub. in rem. act. Duar. de jud. C. de for. comp. ſub fin. Gail. 1. obſ. 37. n. 7. ubi idem jus & in clerico defenſore ſervari teſtatur. Cæterùm fidejuſſor non coram judice debitoris, ſed ſuo rectè convenitur. Hering. de fidei. c. 23.

CAP.

CAP. VIII.

Ubi quiſque & quibus de cauſis ex ſua perſona forum ſortiatur. Primùm de domicilio.

EX ſua perſona forum quiſque ſortitur certis & conſtitutis de cauſis: idque aut jure communi, aut proprio & ſingulari, Jure communi cauſæ definitæ quatuor: ubi quis domicilium habet; obligatio ibi contracta; res, de cujus poſſeſſione aut proprietate agitur: judicium ibi conſtitutum, ubi quis convenitur. Tres priores locum habent etiam ab initio & rebus adhuc integris, quarta non niſi judicio cœpto & re jam affecta. Domicilium duplex; unum commune; alterum privatum cujuſque. Commune olim fuit Roma: quæ id circo veteribus dicta eſt *s* communis patria. Omnes igitur, qui Romæ *t* inventi eſſent, ibi conveniri poterant, ibi ſe defendere debebant: niſi jus haberent revocandi rem ad privatum domicilium: quod duobus generibus perſonarum tantùm conceſſum erat; legatis, qui à civitate aut municipio ad principem aut ſenatum mittebantur; tum *u* generaliter omnibus, qui neceſſaria aliqua de cauſa Romam veniſſent, puta, teſtimonii dicendi aut judicandi tutelæve reddendæ gratia evocati, aut qui cauſa provocationis exercendæ Romæ eſſe cogebantur. Sed hæc poteſtas utriſque data fuit ſub conditione; legatis, ſi non in *y* legatione contraxiſſent; cæteris, ſi non contraxiſſent *z* Romæ. Quod ſi hi Romæ, illi etiam extra provinciam contraxiſſent; placebat eos hoc beneficio uti non poſſe.

s l.2. §. omnes l. non alias. 24. de jud. l. Roma. ad municip. Cic. 2. in Rull. Rebuffus quoq; Lutetiã Francis communẽ patriam vocat. priv. ſchol. 77.

t d. l. 2. § omnes & ſeq. abſens a. municeps. & qui Romæ privatum domicilium non habebat, è ſua patria Romam evocari non potuit.

u utrumq; genus notatum in d. l. 2. §. legatis de jud. *x Idem probandum eſſe aiunt, ſi quis ex cauſa q. neceſſaria aut probabili eò venerit, puta religionis vel ſtudiorum poſt gloſſ. communiter receptam in d. §. legatis. Covar. prac. qq. C. 5. n. 3. Rebuffus & ad parentes filios ſtudioſos inviſentes, itemq; nuncios pecunias iis ferentes extendit. d. priv. 77.* *y id eſt, extra provinciam ſuam. Roma an in Italia, an in provincia, dummodo non ſua nihil refert. d. l. 2. §. item ſi. 5. eoq; pertinet l. inſula. 9. eod. Cæterùm ſi quid, quamvis jam deſignati legati contraxiſſent in ſua provincia, placebat eos nihilominus privilegio ſuo uti poſſe* *z d. l. 2. §. omnes. l. 8. eod. contraxiſſe a. intellecti ſunt à veteribus ſive etiam quid deliquiſſent. l. pranum. 20. & d. l. 24. eod. §. 1.*

Utrumque

Utrumque tamen suas habuit exceptiones. Et legati quidem etsi Romæ contraxissent, tamen jus revocandi domum retinebant tribus in causis; si *a* hereditatem adiissent; si damnum aliquod vel injuriam passi, eam judicio legitimo *b* ultum irent; quod jus etiam ad cæteros, quos diximus, pertinuisse *c* credibile est: postremò si pecuniam in provincia debitam in legatione *d* constituissent se soluturos. Contrà non solùm legati, sed etiam cæteri omnes, etsi Romæ nihil contraxissent, tamen hoc beneficio aut in totum interdum non utebantur; aut si quando uterentur, non utebantur nisi cum temperamento. In totum non utebantur, ubi res sine ulla mora & detrimento præstari poterat, quales sunt stipulationes prætoriæ. Temperamentum duplex; litis contestatio aliquando; & cautio judicio sisti. litem contestari cogebantur, quæ deinde contestata in provinciam transferebatur, quotiescunque periculum esset, ne si admonitio protelaretur, in damnum *f* temporale creditor inciderit. In omnibus autem causis reliquis hoc saltem ab iis eligebatur, ut prætorem adirent privilegia sua allegaturi: deinde prætore auctore causâ cognitâ cavebant, sese in provincia judicio *g* stituros. Hæc etsi mutato imperio Romano exoleverunt, operæ tamen fuit summam eorum colligere; ne quid in usitato jure negotii nobis facescat hujus ignoratio.

Privatum & *h* proprium quisque domicilium aut à se habet, aut ab alio, cujus forum sequitur. Quod à se habet, est locus, in quo quisque habitat eo animo, ut ibi perpetuò consistat; nisi quid avocet. Duæ igi-

a l. de eo. 26. eod. ubi hæc additur ratio, ne impediatur legatio. quæ ratio ad legatos tantum, non etiã ad cæteros Romæ hereditatem adeuntes pertinet.

b hæc si mutuo conveniẽtur, nõ cogebantur ibid. (quod alias regulare. l. qui non cogitur. 22. eod.) actiones excipere. d. l. 2. §. 5.

c Nam ratio Iuliani, ne impunè damnis aut contumeliis afficiantur &c. ad cæteros quoq; pertinet. d. l. 2. §. 5.

d l. 8. eod. hoc ideo, quia in constituto id agitur, ut constituens eod. jure sit, quo foret in priori obligatione. l. 33. pr. de don. at.

e ut cautio damni infecti & legatorum nomine. l. de eo 26. & seq. de jud.

f Sc. quod ex dilatione metvitur in temporalibus actionib. cum periculum est, ne si non in tempore agatur, dies actionis exeat. l. 2. §. pen. eod. hoc periculum lite contestata tollitur. l. ult. in fin. de fidei. & nom. & legato tamen quo ad licet, privilegium suum servatur, dum lis in provinciam transfertur.

g In quo nuda cautio, non etiam satisdatio ab his exigebatur. d. l. 2. §. 6. l. 5. C. eod.

h Eleganter hoc domicilium describitur, venustiùs tamen, quam certius. in l. cives. C. de inco. lib. 10. Est & domicilium aliquod originis, cujus ratione munera civilia obire necesse est, non autem subire jurisdictionem. l. 6. pr. ad municip. add. Gœd. ad l. provinciales. 19. n. 4. de V. S.

tur res, quæ hac definitione continentur, domicilium constituunt: habitatio; & animus consistendi. Primùm sine habitatione sola domus possessio alicubi comparata domicilium *i* non facit. Sed etsi quis habitationem alicubi conduxerit, non tamen eo animo, ut ibi sedem figeret, sed ad tempus tantùm moraretur, non intelligitur domicilium ibi *k* habere: puta legatus legationis fungendæ causâ, mercator mercaturæ, studiosus studiorum gratia alicubi morantur, non idcirco domicilium eorum ibi esse intelligitur, ubi earum rerum nomine *l* consistunt. Animus perpetuò consistendi duabus ex rebus colligitur; ex muniis vitæ quotidianæ, si quis omnia agat, quæ cives ejus loci & incolæ agere *m* consueverunt: item ex conditione personæ, si ob eam aliquo in loco consistere necesse est, Exemplo sit senator, qui in urbe, etsi liberum commeatum acceperit; miles, qui si nihil in patria possidet, ubi meret; relegatus, qui ibi, quò relegatus est, *n* necessarium domicilium habent. Ab alio domicilium accipiunt, liberti eorumque filii à patrono; servus in libertatem proclamans à *o* domino; mulier nupta à marito, atque adeò vidua, donec se alii viro *p* junxerit. Domicilio constituto, repeto juris de eo constitutionem; Unumquemque ibi defendendum esse, ibi forum suum habere, vel quod idem valet, ju-

i Etiamsi quis plures domos in eadem civitate habeat, dum in illis non habitet. l. libertus. 17. §. sola domus. ad mun. l. 4. C. de inco. Domus n. possessio facti est; domicilii constitutio juris. Etenim ubi domicilium ibi necesse est etiam sit domus, saltem conducta, aut gratis concessa. vid. Cuj. 14. obs. 12. & 24. obs. 33. Gœd. ad l. in l. censoria. de V. S. n. 2.

k unde impp. ind. l. cives. C. de inco. domicilium ibi esse definiunt, ubi quis larē rerumq; ac fortunarum suarum summam constituit. Sed etsi majorem partem bonorum alibi quis habeat, quam ubi moratur, dummodo animus ibi consistendi & domicilium constituendi manifestè appareat, incolam fieri tradit Menoch. 2. arbitr. c. 86. n. 2. *l l. 2. C. de inco. non poterit igitur studiosus in eo loco, quo stud. causa degit, tanquam in loco domicilii conveniri ex contractu alibi inito. ut post Bart. ad l. 19. §. 2. n. 3. de jud. tradit. Rebuff. priv. schol. 121. quamvis ex consuetudine aut statuto studiosi pro civibus habeantur. per l. quod favore. C. de leg. add. Vult. in l. 2. C. de jurisd. n. 19. & seq.* *m de quibus in l. ejus. 27. §. 1. ad mun. Alc. in l. pupillus 239. §. incola de V. S. Qui pluribus locis ita se instruxit, totidem domicilia habet. l. 5. & 6. §. 2. ad mun. Gloss. in l. fin. in verb. inter absentes. C. de præsc. long. temp. Gail, 2. obs. 35. n. 8. ubi a. plura sunt rei domicilia, electio est actoris, arg. l. 4. de eo quod cert. loc. ejus. qui patria ejectus, novas sedes quærit, domicilium nusquam. l. ejus qui. 27. §. 10. ad mun.* *n l. filii 22. §. pen, & 3, l. 23. §. 1. d. tit.* *o de libertis eorumq; filiis est in d. l. 22. pr. de servis in l. un. C. ubi ca. sta.* *p d. l. 22. §. 1. l. ult. C. de incol. l. exigere. 65. de jud. l. pen. pr. de jurisd. proinde si ante contractum matrimonium aliud forum habuit, atq; ex causa antiquiore conventa, posterius mariti domicilium forum facit. arg. d. l. pen. de jurisd.*

risdictioni judicis subjici, q ubi domicilium habet. Res expedita est, si ambo litigatores eodem in loco domicilium habeant.

At quid si in diversis? reusne actoris, an hic illius forum sequetur? Et certa est juris constitutio, r actorem rei forum sequi debere; idque non minus in criminalibus causis, quam civilibus; non minùs in actionibus in rem, quam in personam. Quid ergo si incidant judicia, in quibus dubites, uter actor sit, uter reus: ut in causa status, itemque in duplicibus judiciis dubitari potest? Dicendum est, in causa status. si quis pro libero se gerens ex possessione libertatis petatur in servitutem, eum, qui se dominum dicit, s actorem esse, illum reum: vice versa, si quis ex possessione servitutis proclamet in libertatem, eum actorem esse, reum, qui se dominum dicit. Idem & in causa libertinitatis & ingenuitatis probandum. In duplicibus judiciis major dubitatio, quia par omnium causa. Magis tamen placuit, eum videri actorem, qui ad judicium t provocavit. Quod si ambo simul provocaverint, u sorte rem discernendam.

q l.19.§.1.& ult. de jud. Quid si domicilium transtulit prius quam conveniretur? Dicemus mutatione domicilii mutari & forum. d.l. pen. d. l. ult. C. de inco. Domicilium verò originis ut naturale est, ita & immutabile jure Ro. l.6. pr. ad mun. l. pen. C. de mun. & orig. lib. 10. nempe respectu hon. & munerum personalium. Vult. ad l 2. C. de jurisd. n.8. Bod.1. de rep.6 Sed aliter se habet consuetudo ubiq; ferè recepta: nam civis renuncians civitati & domicilium aliò transferens civis esse desinit, non solùm quoad jurisdictionem, sed etiam quoad munera. Afflict. decis. 184. Gail. 2. obs. 36. n. 6. & seq. r l.2. & 5. C. de jurisd. l. ult. C. ubi rem. act. l. 3. C. ub. ca. st. Imo ductum ex æquitate naturæ, quæ & regulis juris confirmata. l. favorabiliores l. in pari. 128. de R. I. Estq; adeò naturæ conveniens, ut eum, quem persequimur, in loco ubi est, quæramus. Vult. ad l. 5. C. de jurisd. n. 2. s l. 3. & 4. C. ub. ca. sta. nisi dolo malo in possessionem veneris. l. 1. C. d. tit. Servus quidem, ut servus, forum non habet, sed interim dum litigat, pro libero habetur. l. 24. de lib. ca. t quasi is magis actor videatur, à quo litis initium. l. 13. de jud l. 2. in fin. com. divid. eoq; puto pertinere l. qui appellat 29. de jud. u vid. l. 14. eod. add. Gothof. ad l. ult. pr. C. com. de leg.

CAP. IX.

Ubi quisque se obligavit, ibi quoque conveniri posse, ibi se defendere debere, quacunque ex causa ea obligatio nascatur.

PRoxima jurisdictionis subeundæ causa, est obligatio ibi contracta, ubi agitur. Cujus juris ratio

 in

in veris contractibus partim petita est ex *u* tacita quadam conventione, partim ex *x* natura & conditione cujusque obligationis, quæ hæc est, ut quo quisque modo contractum est, eodem dissolvatur: in quasi contractibus & maleficiis ex sola *y* conditione obligationis. Igitur sic jus est, ubi quis contraxit, ibi si conveniatur, unumquemque se defendere *z* debere. Quatuor hic nobis expendenda; contractus verbo quid hic intelligamus; quem locum contractus accipi oporteat, quæ hic defendendi necessitas; postremò sitne hoc jus perpetuum. Principio non usitato more neque ex proprietate verbi contractum hic accipimus: sed Pauli *a* definitionem in eo sequimur, omnem obligationem in hac parte juris pro contractu habendam existimandum esse, ut ubicunque aliquis obligetur, ibi & contrahi videatur, quamvis non debeatur ex causa crediti. Quod ait omnem obligationem, constat μετωνυμικῶς accipiendum pro omni facto *b* obligatorio, sive contractus sit, sive quasi contractus, sive *c* maleficium, sive quasi maleficium: est enim in his omnibus eadem lex & *d* conditio obligationis, ut ubi quæque contracta est, ibi & dissolvi debeat. Secundò etiam locus, ubi quid contractum dicitur, suas habet observationes. De eo sic placuit: Si in contrahendo dictum non est, quo loco rem præstari oporteat, cum locum contractus intelligi, in quo res *e* gesta est. Sin autem expresse cautum, ut alio loco, quam in quo res gesta est, præ-

u quasi id agatur inter contrahentes, ut quod alicubi contrahitur, id eodem loco solvatur. l. argentarium 45. §. 1. de jud.

x qua hæc est, ut idẽ sit locus contrahendæ & dissolvandæ obligationis l. nihil tam naturale. de R. I. Benè præcipitur in l. 6. de solut. ex jure summi. quod agi videtur.

y Cui accedit, quod veriora documenta ibi præstari possunt, ubi negotia gesta, aut admissum maleficium, ratio in publicis ratiociniis reddita in l. ult. in fin. C. ub. de rat. tam publ. quam priv.

z L. 2. de reb. auct. jud. poss. l. 19. §. 1. & 2. de jud.

a in l. omnem. 20. de jud. alias cum contractus opponitur maleficio, q. contractus tantùm comprehendit, sicut maleficium q. maleficia. l. ex contractibus. de O. & A. §. 1. inst. de perp. & temp. act. & similib. *b ut & in definitione Labeonis l. 19. de V. S. ubi contractum definit, ultro citroque obligationem, intelligens id factum, ex quo ultro citroq; obligatio nascitur.* *c l. 9. §. 1. l. non alias 24. §. 1. l. uxor. 42. de jud. l. 1. & 2. C. ub. de crim.* *d Notandumq; quod ait Paul. hæc facta pro contractu habenda, effectu sc. juris: ne quis hic nobis objiciat l. 1. §. 1. de pact. l. 1. de reb. cred. §. ult. inst. de obl. propriè n. contractus non sunt.* *e l. 19. §. 1. l. argentarium. 45. §. 1. eod. non tamen ubi instrumentum confectum contractus probandi causa. l. non figurà. 38. de O. & A. nisi placuerit, ut res scripto gereretur. per l. contractus. C. de fid. inst. non item ubi contractus confirmatus. per l. 8. de jud. Gail. 2. obs. 1. n. 4.*

stetur,

ſtetur, hunc locum accipiendum, tanquam re ibi *f* contracta. Id quod luculenter declarari poteſt exemplo ejus, quod certo loco dari promiſſum eſt. Nam quod placuit etiam alio quovis loco ex ea cauſa agi poſſe actione arbitraria, id *g* utilitatis cauſa contra rationem juris communis poſtea inductum eſt, neque eſt hujus loci. Tertium ſequitur, quæ hic juriſdictionis ſubeundæ neceſſitas. Primùm ex his verbis, reum ſe ibi defendere debere, conſtat nullam hic actori neceſſitatem; ſed omnem reo imponi, data actori electione, utrubi eum convenire velit, ubi domicilium habet, aut ubi *h* contraxit. Secundo neceſſitas hæc non ita præciſa eſt, ut ſi non inveniatur reus, ubi contraxit, neque defendatur, eo † remitti eum oporteat, quod in re pecuniaria inauditum: ſed eadem hic pœna conſtituta eſt, quæ adverſus reliquos omnes, qui non defenduntur, ſive abſint, ſive præſentes latitent, nempe ut bona, quæ ibi habet, patiatur *i* poſſideri. Quod ſi nulla ibi habeat, nec ullæ adverſus eum erunt partes judicis illius loci, quanquam hodie aliud longè *obſervetur. Poſtremum eſt, ſitne hoc jus perpetuum. Et utique ſi in omnibus factis obligatoriis una & eadem eſt cauſa, cur ſe ibi quiſque defendere debeat, ubi contraxit, quia ſe ibi obligavit, conſequens eſt dicere, jus hoc generale eſſe & *k* perpetuum. Planè una exceptio eſſe poteſt.

f locum contractus non ex initio rei geſtæ veteres æſtimant, ſed ex ſolutione, in quam obligatio collata. l. 3. de reb. auct. jud. poſſ. l. contraxiſſe. de O. & A.

g vid. l. 1. 4. & pen. ff. de eo quod cert. loc.

h d. l. heres 19. §. 1. & ult. de jud. vid. inf. cap. 12.

Quid a. ſi reus abſit? nihil hic adjicitur de præſente aut abſente reo, unde intelligitur, nihil referre, an inveniatur ibi, ubi contraxit, necne & certius adhuc ex eo, quod pœna, nempe ut bona ibi poſſideri patiatur, quæ in d. l. 19. §. 1. ſtatuitur, adverſus omnes, qui non defenduntur, ex æquo valeat. l. 2. qu. ex ca. in poſſ.

† quæ ſententia fuit Ioannis & Azonis præciſam hanc eſſe neceßitatem exiſtimantium: quod aliis meritò diſplicuit, & repudiata eſt hæc transmiſſio in C. 1. §. contrahentes. de for. comp. in 6. Covar pract. qq. 10. n. [illegible] ubi n. 5. excipit, niſi quis ſpecialiter renunciaverit privilegio fori & ſequitur Gail. 1. de pact. publ. 16. n. 32. ex gloſſ. in l. ſi quis in jus voc.

i d. l. 19. § 1. Eſt itaque hic aliqua neceßitas defendendi, ſed conſequentiæ tantum, ut pœna videtur. utrum a. hic reus citari oporteat à judice loci contractus, an per ſubſidium judicis loci domicilii, vid. Zang. de except. part. 2. c. 1 n. 64. & ſeqq.

** nempe id, quod jure can. conſtitutum eſt in d. C. 1. §. contrahentes, ut judex eius loci, in quo bona ſita ſunt, decretum exequatur. Sanè nec à jure civili alienum eſt, ut ſententiam alibi dictam judex alterius provinciæ exequatur. l. 15 §. 1. de re jud. jurisd. alia aliam adjuvet, l 8. C. de Epiſc. aud. Gail. 1. obſ. 113. n. 1. & 155. n. 2. ſed hoc verum puto, ſi reus juriſdictioni judicis illius ſubiectus ſit. arg. l. ult. de juriſd. puta ſi domicilium ibi habeat. Bona a. quæ quis alicubi habet, juriſdictioni eũ non ſubjiciunt, niſi de eorũ proprietate aut poſſeſſione agatur.*

k d. l. heres. §. 1. l. omnem, de jud. juncta l. illud. ad l. Aquil.

ſi convenerit, ne ſe ibi defendere reus cogatur, ubi contraxit, quæ conventio etiam ex intervallo interpoſita ex generali edictò de pactis *l* ſervanda eſt.

Porrò quod in expreſſa conventione admiſſum, id etiam in tacita *m* recipiendum fuit. Tacitè id conveniſſe atque actum eſſe intelligitur vel ex conditione perſonæ in certis cauſis, vel ex genere obligationis. Ex qualitate perſonæ in mercatore advena; item in marito in cauſa dotis. In mercatore advena ut hanc conjecturam faciamus, duo omninò concurrere oportet; ut ſit viator, qui ſic venit, ut ſtatim ſit diſceſſurus inde, ubi contraxit, nec merces ibi venum *n* expoſiturus: deinde ne pars altera *o* conditionẽ ejus ignoret. Maritus etſi dotem alibi accepit, tamen ſi quando ea repetetur, non cogitur alibi ſe defendere, quam ubi domicilium *p* habet: hoc ideo, quia mulier dotẽ dando hoc ipſum egiſſe videatur, ut pote quæ in mariti domicilium per conditionem matrimonii erat reditura. Ex qualitate obligationis in conſtituto receptum eſt, ut quamvis quis alibi conſtituerit ſe ſoluturum, quam ubi debetur, tamen non cogatur ibi judicium pati, ubi conſtituit, ſed ibi ſolùm, ubi *q* debetur: ut hìc non conſtituti obligatio, ſed origo ejus & cauſa ſpectanda ſit, nempe principale debitum. Hiſce exceptionibus remotis generaliter ita jus eſt, ut ibi ſe quiſque defendere debeat, ubi ſe obligavit, quocunque ex facto ea obligatio naſcatur. Cæterùm exiſtunt hìc nonnullæ dubitationes tum in quaſi contractibus circa legata & fidei commiſſa, tum in maleficiis & criminibus: de quibus idcirco ampliùs cognoſcendum.

l d. l. heres §. proinde. l. nn. l. 7 §. ſed cum nulla. ff. de pact. l. in bona. C. eod.

m quippe quæ conventiones non minus valeant, quã verbis nuncupatæ. l. 4. de pact. l. 3. de reb. cred.

n Si ibi ſtationem aut officinam pergulamve non habuerit vel conduxerit. d. l heres. §. proinde. ita tamẽ ſi creditor fidem ejus ſecutus ſit, alias cõveniri enim poſſe & arreſtum adverſus neceſſariũ impetrari, donec ſatisfaciat, receptum eſt. Nundinis quoq; datum, ut qui ad eas veniunt, de debitis alio, quam nundinarum tempore contractis, conveniri non poſſint. l. 1. C. de nund.

o d. §. proinde. neq; n. videri poteſt in conditionem perſonę conſenſiſſe, qui in ea erravit l. 2. de judiciis.

p l. exigere. 65. eod. ubi ratio, quam ſubjicimus, ab Ulp. redditur. add. Gomeſ. ad l. Tauri. 50. & 3. ſeqq. n. 50. qui hinc rectè infert, ſi in loco domicilii mariti aliqua lex ſit vel conſuetudo de dote lucranda vel communicandis bonis & hujus ſolius loci in eã rationem habendam, non domicilii uxoris aut ejus, in quo matrimonium contractum.

q l. 8. de jud. ratio addita, quæ non ſolum ad legatos, ſed omnes, qui quid uſpiam conſtituerunt, pertinet, eſt in l. qui id quod. 33. pr. de donat. Scrupulum movere poſſit l. 5. §. 1. de pec. conſt. ſed locus ipſe evincit ibi deeſſe particulam negationis. Pac. 3. q. 21. aliam conciliandi rationem habes apud Cujac. 15. obſ. 17.

Dixi-

Diximus in omnibus causis observari, ut qui se obligavit, alterutro horum locorum se defendere debeat, aut ubi domicilium habet, aut ubi contraxit. Sed an idem adversus heredem observandum sit, quoties ex quasi cōtractu nomine legati aut fideicommissi actione personali convenitur, dubitatum est. Ego nihil hic novi juris constitutum esse arbitror. Primò certi juris est, fideicommissum ibi rectè peti, ubi hæres domicilium *r* habet. Extra domicilium unus locus restat, ubi *s* contraxit. Contraxisse quemque videri antè diximus, non utique ubi negotium gestum est, sed ubi pecunia ex consensu *t* solvenda. Jam verò si hanc definitionem etiam hic sequi volumus, dicendum est, ibi heredem contraxisse videri, ubi testator fideicommissum præstari voluit, certè testatoris voluntas in testamento totum *u* facit, cui se subjicere heres intelligitur, quisquis hereditatem adit. Igitur in aperta voluntate testatoris quid hic sequamur, obscurum esse non potest. In re dubia hac utemur *x* conjectura. Existimabimus dum præstetur, quod legatum est, in reliquo magis ad sublevandos, quam ad onerandos heredes suos *y* faciles esse testatorum voluntates. Hæc ergò probata hic distinctio. Interest, utrum certa species legata sit, an quantitas sive id, quod pondere, numero, mensura constat. In specie sive re certa legata hæc tacitæ voluntatis defuncti interpretatio est, ut existimetur ibi eam dari voluisse, ubi *z* est, etiamsi alibi petatur. Unde verò hoc conjicimus? nimirum ex commodo heredis, quem testator, ut credibile est, onerari noluit sumtu & molestia transferendi. His autem consequens est, etiam petitionem hujus legati eo in loco institui posse, ubi res *a* est, quasi heres ibi contraxerit. Sed non solus hic locus est, ubi certæ rei

r sive illic hereditas est, sive nulla pars hereditatis. l. si fidei commissum. 50. §. ult. de jud.
s per ea, quæ paulò antè dicta sunt.
t l. 3. de reb. auct. jud. poss. l contraxisse. de O. & A.
u l. ex facto. §. verum de her. inst. l. 12. in fin. de leg. 1. ut hic quærendum non sit, utrum eo loco sit hereditas vel major pars hereditatis, cum voluntas præstationi legem dederit. d. l. 50. pr.
x qua veteres in aliis rebus omnibus, ad voluntatem defuncti pertinentibus, utuntur. l. cū proponebatur. 64. de leg. 2. l. pater. 101. de cond. & demonst. & in hac parte juris in l. cum res. 47. de leg. 1. in l. sed etsi. 52. §. 1. & 2. de jud.
y ut bene de judicio testatorum erga heredes scripsit Pap. in l. unum. 67. §. si rem. de leg. 2.
z l. quod legatur. 38. de jud. d. l. cum res. de leg. 1.
a quod & traditum est in l. sed etsi suscepit. §. 3. de jud.

fideicommissum quasi ex contractu rectè petatur: nam & ibi peti posse *b* traditum est, ubi major pars est hereditatis.

Sumtum & hoc ex voluntate defuncti, qui *c* utrobique heredi in loco præstandi legati consultum voluisse creditur. Quod si res incerta sive quantitas legata proponatur, ibi eam peti oportebit, ubi relicta est hereditas, si modò ea tota in uno relicta loco.

Sin diversis locis sit dispersa, ibi petenda erit, ubi *d* major pars hereditatis relicta est. Quod & ipsum ex conjectura voluntatis constitutum est, quo facilior esset heredi *e* præstatio. Major autem pars hereditatis existimatur ibi esse, ubi plus est bonorum hereditariorum, nullo detracto ære alieno: nam æs alienum totius *f* patrimonii minuit, non unius & certi loci facultates, nisi fortè ad id præstandum *g* destinatæ sint. Enimverò hoc totum ita recipiemus, nisi proclivior conjectura eò revocet, ubi hereditatis pars minor est. Ducitur hæc conjectura aut ex consensu heredis, aut ex genere rei legatæ, aut ex conditione fideicommissarii. Hæres in eam rem trifariam consentire videtur: si apertè consenserit, quod dubitationem non habet; si solvere ibi fideicommissum cœperit; si ibi susceperit judicium *h* omissa fori præscriptione. Ex genere legati eadem testatoris voluntas colligitur, si pecunia relicta est ad parandam eam rem, quæ præstari tantum certo in loco rectè potest. finge *i* tesseras

b *Aut certè intelligitur ex d. l. 52. §. 1. Dixi a.q. ex contractu, ut indicarem locum, in quo præter superiorem q. contraxisse heres intelligitur. non ut in hac petitione excluderem locū domicilii; in quo semper conveniri potest. l. 50. §. ult. d. tit.*

c *Quamobrem liberum est legatario vel hoc vel illo loco heredem convenire, ita tamen ut non nisi uno in loco rei suæ conveniatur immutabiliter. In summa conventus in loco domicilii, potest revocare ad locum majoris partis hereditatis, & vicissim hinc illò: potest & eò, ubi res est. d. l. 50. pr. & §. ult. convento a. ubi res est, præscriptio denegatur. d. l. 52. §. 3. quod semper heredi commodum, rem ibi præstare, ubi est.* d *l. un. C. ub. fideic. pet. op. d l. 50. pr. de jud.* e *unde tanquam obligatione his locis contracta secundum jus perpetuum ibi eum peti oportuit.* f *hæc est summa d. l. 50. §. 1. finge hereditatem duobus in locis esse Amstelodami ad tria millia, ultrajecti ad duo: sed Amstelodami defunctum contraxisse æs alienum ad duo millia: utro loco major pars hereditatis? nimirum Amstelodami: cum non loci sit æs alienum, sed universarum facultatum.* g *puta certi loci prædia alimentis præstandis, vel tributis vel aliis oneribus publicè privatimve impositis. d. l. 50. §. 1.* h *hæc in d l. 50. in fin. & 2. ll. seqq. eod. Quod ex voluntate defuncti hunc consensum heredis confirmantis maxime sumitur, nam extra jud. quidē solus consensus heredis id non efficeret. l. 18. de jurisd.* i *Quo exemplo utitur Ulp. in d. l. 52. §. 1. Erant a. tesseræ frumentariæ frustilla lignea aut plumbea certa forma insignita, quæ dabantur iis, quibus jus erat petendi frumentī publici. Sueton. in Ner. c. 11. & eius scholiast. Beroald. add. Turneb. 19. adv. 26. Lips. 1. elect. 8.*

tru-

frumentarias alicui legatas, quæ Romæ tantum à præfecto annonæ percipiebantur. Ex conditione legatarii idem conjicimus, si is propter munus publicum in uno loco morari cogatur, & pars hereditatis eo loco relicta sufficiat ad legati solutionem. Fac verbi causa senatorem esse. Non est *k* verisimile defunctum, qui honorem tali viro habitum voluit, ob rem modicam inde discedere voluisse. Maleficiorum, quatenus de his civiliter agitur, eadem *l* causa est; in accusationibus autem criminalibus nonnihil hoc jus variat. Primum ubi civiliter agitur, etiam in his causis est in *m* consentientes jurisdictio, deinde & illud convenit, posse delinquentes duobus his locis conveniri & accusari; ubi *n* domicilium habent; item ubi *o* deliquerunt. In criminibus sive judiciis criminalibus duo hæc propria sancita sunt. Primum est, ut contra quam in causis civilibus & pecuniariis jus est, ubicunque rei criminis *p* reperiuntur, accusati ibi se defendere cogantur, exigente hoc utilitate publica & disciplinæ publicæ *q* vigore. Secundum est, ut si non inveniatur reus in eo loco, ubi deliquit, possit judex ejus loci scribere ad præsidem provinciæ, in qua reus agere dicitur, & *r* desiderare, ut ad se remittatur, nempe etiam hoc existimatum est publicè expedire, ut ibi in sontes exempla publicæ vindictæ edantur,

k Collectio est ejusd. Ulp. in d. l. 52. §. 2. & alias sæpe dignitatis rationem haberi constat. l. 12. § 1. vers. Iubentius. de us. & hab. l. si servus plurium. §. fin. de leg. 1.

l Nempe ut delinquentes tum in loco domicilii, tum etiam, ubi deliquerunt conveniri possint. Nam ut ante dictum, generali significatione contractus etiam delicta veniunt.

m vulgo etiam si criminaliter: nam & in causis crim. jurisd. prorogari posse tradunt, dummodo in eum consentiatur, cui jus est de hisce causis cognoscere inter suos, quæ sententia com. Clar. 5. sent. §. fin. qu. est. 42. Gail. 1. de pac. 12. n. 10. Veritati atheorica non convenire ostendit Vult. in l. 1. C. de jurisd. n. 80. & 135.

n l. 2. in verb. ubi degit. C. ub. de crim. ag. op. Iunct. l. un. C. ub de hered. ag. Clar. d. § fin. qu. 39. n 3. ubi n. 4. tractat, an judex domicilii possit ex officio per inquisitionē procedere contra subditum, qui extra territorium deliquit. add Farinac. qu. crim. 6. n. 23. Covar. 99 pract. 11. n. 4.

o l. 1. & auth. qua in provincia C. ub. de crim. l. 7. §. pen. l. ult. ff. de accus. l. 3. de off. præs. atq; hic locus maximè proprius & principalis. Quis locus delicti, ubi admissum, an ubi consummatum, puta in homicidio, ubi cædes facta, an ubi mors secuta: tum quis competens ubi delictum in cōfinibus patratum. vid. Decian. 4. tract. crim. 17. n. 6. & seqq. Farinac pr. crim. q. 7. n. 44.

p Etiāsi ibi non deliquerint, aut domicilium non habeant. d. l. 1. in verb. ubi reperiuntur. l. 3. de off. præs. atq; ita usu servari testatur Vult. ad. d. l. 1. n. 4. quamvis Accurs. Bartol. & DD. in d. l. 1. dissentiunt, verba ea, ubi reperiuntur, sic accipiētes, ubi reperiuntur domicilium habere. Vagabundum tamen excipiunt.

q l. locatio. §. 4. de publ. l. ita vulneratus. 51. ad leg. Aqu. d. l. 3 de off. præs.

r l. 9. §. ult. de accus. l. 7. de cust. & exh reo. plenissimè in Nov. 134. c. 5. Potest & ex urbanitate fieri remissio, etsi non petatur. Covarruvias. pr. qq. 11 n. 5. nec hodie aliter fieri solet, necessitate remittendi consuetudine sublata, ut plerique prodidere. Monach. ad l. ult. C. de jurisd. n. 31. Gail. 1. de pa. pub. 16. n. 31. Wes. in l. 1. C. ub. de crim. n. 2.

ubi *s* deliquerunt. Quin etiam pœna postea constituta est adversus præsides tergiversantes eorumq; cohortes, si quid dolo eorum factum esset, quominus reus prehenderetur, aut transmitteretur prehensus. *t*

r l.28.§.pen. de pœn affe-runtur & alia rationes, quas vid apud Monach. pr. jud.part.2.c.6.n.46. Decian.4.tr.crim.19 n.8. Covarruvias d.c 11.n.3. *t d.No.134. c.5. Illud rationis est, ut prius quam remissio fiat, requisitus summatim de causa cognoscat, ne forte innocens in vinculis remissus famæ notam subeat Cov. d. c. 11.n.8.*

CAP. X.

Etiam rem, de cujus possessione aut proprietate agitur, possessorem subjicere jurisdictioni ejus loci in quo sita est, simul ubi de possessione, de proprietate, itemque de hereditate agatur.

EX tribus causis, quæ invitum quemque ex sua persona rebus integris subjiciunt jurisdictioni judicis, apud quem agitur, absolutæ sunt duæ priores; domicilium cujusque & obligatio alicubi contracta. Occurrit jam tertia, ipsa res. Hæc si de possessione aut proprietate ejus agitur, subjicit possessorem jurisdictioni judicis, in cujus territorio *u* sita est. Habet hæc subjectio duo propria & singularia. Primum, quod etsi neque domicilium ibi reus habeat, neque ibi contraxerit, nihilominus tamen judicem illius loci pro competente agnoscere debeat. Secundum, quod non solùm agi ibi loci possit, sed etiam debeat, reo id postulante. Igitur de possessione sic primum statuamus; Quocunque interdicto de possessione agatur, sive unde vi de ea *x* recuperanda, de qua vi dejecti sumus; sive uti posidetis, de *y* retinenda, in qua turbamur; sive quorum bonorum de *z* adipiscenda possessione rerum hereditariarum, in his omni-

u hic igitur non tam personæ, quam rei ratio habetur: unde & superior eod. respectu inferioris jurisdictionẽ subit. Monach. pr. jud. p.2. c.6. n.60. cui consequens nec academicum de re in loco studii sita cõventum ad Rectorem revocare posse. Vult. ad l. un. C. in qu. ca. nul. so. præscr. eademque ratione receptum, ut etiam clericus coram judice seculari conveniri possit. Gail. 2. obs. 37. n.4 Mynſ. 1. obs. 22. *x l. un. C. ub. de poss. in verb. ubi vis facta, quamvis plerique ea verba exaudiunt de persecutione ex ll. Iuliis. quod rubr. non convenit. vid. l. 1. & 5. pr. & §. 1 de vi priv. l. 10. §. ult. de vi publ.* *y d. l. un. in verb. aut ubi momentaria possessio: intellige alia quam unde dejecti sumus, nam de momentaria possessione quovis interdicto agitur. sup. c. 3. lit. g.* *z l un. C. ub. de hered. in verb. ubi res hereditariæ sunt, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est.*

bus

bus causis hoc jure obſervari, ut ibi inſtitui actionem † neceſſe ſit, ubi res ſitæ ſunt. Licet & in controverſia proprietatis eadem illa duo cognoſcere. Eſt autem *a* de proprietate duplex actio; una de rebus ſingulis, quæ ſpecialiter in rem dicitur; altera de univerſitate, id eſt, hereditate, quæ inde dicta eſt *a* hereditatis petitio. In actione in rem de rebus ſingulis eadem illa duo, quæ in controverſiis poſſeſſionum, ſine rerum diſcrimine obſervanda. Primum extra controverſiam eſt, poſſe etiam invito reo hanc actionem inſtitui eo loco, ubi *b* res ſita ſit, excluſa omni fori præſcriptione. Alterum non æquè expeditum, quod diximus eo loco etiam agi debere, adeo, ut poſſeſſor alibi conventus, quamvis ibi domicilium habeat, illò tamen revocare poſſit. Equidem *c* vulgò placere video, quod & uſu receptum eſt, non minus in hac cauſa, quam in actionibus in perſonam, domicilii rationem habendam eſſe, ut ibi quoque poſſeſſor rectè conveniatur, conventus ibi ſe defendere debeat, neque parum me movet cum publico uſu conſpirans pœnè omnium conſenſus: ſed tamen loci hac de re *d* ſcripti, collatio *e* judicii poſſeſſorii cum petitorio, ratio deniq; juris conſtituti pro *f* commodo reorum interpretanda, hæc inquam videntur omnia evincere, ibi tantum agi poſſe poſtulante reo, ubi res propter quas contenditur, con-

† *verba enim quæ in superioribus reſcriptis uſurpantur, non ſunt facultatis, ſed neceſſitatis ibi agendi actori impoſita.*

a *de hac actione ex profeſſo agimus inf. c. 32. & ſeq. de ſpeciali illa c. 35. & 2. ſeqq.*

b *quamvis poſſeſſor ibi domicilium non habeat. Id n. diſertè jubetur fieri in l. ult. C. ub. in rem act. Si de ſervitute controverſia, ſpectatur locus fundi ſervientis; ſi de emphyteuſi, agri emphyteuticarii. Mynſ. 4. obſ. 95.*

c *à qua tamen communi interpretum opinione non Donell. noſter primus divortium fecit, ſed ante eum Hoſt. poſt gloſſ. in c. ſanè. 3. verſ. provincia. de foro comp. teſte Zang. de exc. p. 2. c. 1. n. 318. Communem ex neoter. tuentur VVeſemb. ad l. un. C. ub. de poſſ. Vult. ibid. n. 42. & ſeqq. Ant. Fab. 20. conj. 9. ubi tamen ait actione in rem non tam perſonam & poſſeſſorem, quam rem ipſam conveniri, quod noſtram ſententiam potius confirmat.* d *l. quod legatur. 38. de jud. d. l. un. C. ubi in rem act. In qua primum ex vulgari regula definitur, actorem forum ſequi rei, idque etiam locum habere in actionibus in rem, deinde oſtenditur, quodnam ſit forum rei, qui actione in rem convenitur, cum jubent Impp in loco, in quo res conſtitutæ ſunt, in rem actionem moveri.* e *quod cum judicio proprietatis ita conjunctum, ut apud quem actum eſt de poſſeſſione, apud eundem & de proprietate agi oporteat, ſive quod utroque judicio poſſeſſionem conſequamur, poſſeſſorio momentaneam, proprietatis perpetuam.* f *Alias præter alia incommoda, quæ recenſet Don 17. com. 17. fieri facilè poteſt, ut nova lite pro rei executione in loco rei ſitæ ſit opus. Atque ut ex certis principiis res decidatur: e actione in perſonam ideo agi poteſt in loco domicilii, quia perſona rei obſtricta eſt. In actione in rem perſonæ illius ratio habenda non fuit, quia ea rem perſequimur adverſus eum, qui nullo jure nobis obligatus. §. 1. inſt. de act.*

ſtitutæ

stitutæ sunt: idque sive ex soli sint, sive mobiles. *g* Hereditatis petitio & ipsa in rem actio est: unde effici videbatur, ut & ipsam institui eo loco oporteret, ubi res hereditariæ sitæ sunt: sed contra expresse constitutum est, placuitque hereditatis controversiam ibi solùm tractari & terminari debere, ubi possessor hereditatis domicilium habet. Cur tam variè? nimirum mixtæ personalis actionis ratiò hoc suasit. Nam petitio hereditatis etsi in rem actio est, habet tamen præstationes quasdam personales, propter quas naturam & conditionem actionum in personam in multis juris articulis *i* sequitur: ideoque & inter bonæ fidei judicia connumeratur, quæ propria quædam qualitas est actionum quarundam in personam, nec longi temporis summovetur præscriptione.

g d. l. 38. de jud. in fin. Hugolinus hic in solo loco domicilii agendum contendebat: At etiam ubi res mobilis esset, agi posse, cujus sententiam usu fortensi probari tradit Sich. add. l. ult. C. ub. in rem n. 3. nec obst. l. 10. & 2. seqq. de rei vind. quippe evenire potest, ut res alibi sit, quam ubi agitur. Quid n. si pendente jud. aut ante dolo malo alio translata? quid si alibi cum consentiente agatur. h *l. un. C. ub. de hered. Ex comm. tamen sententia, teste Vult. in d. l n. 27. in hac actione erunt eadem illa duo loca fori sortiendi, quæ in speciali.* i *Atque ideo etiam in proposito personæ magis, quam rei rationem habitam existimo. vid. l. sed & 25. §. pen. de her. pet. l. 7. & ult. C. eod. §. actionum. 28. in fin. Inst. de action.*

CAP. XI.

Judicium alicubi cœptum quam vim quibus in causis habeat, ad subjiciendos litigatores jurisdictioni illius loci.

HActenus de iis causis dictum est, quæ unumquemque subjiciunt jurisdictioni alicujus judicis rebus adhuc integris. Re affecta nova nascitur subeundæ jurisdictionis causa, judicium cœptum: cujus hæc vis est, ut litigatores in eodem judicio retineat, tametsi non uno modo. Cœptum judicium dicitur dupliciter; aut institutum tantùm, cum primum reus in jus *k* vocatus est; aut id, quod propriè in usu juris cœptum dicitur, cum jam acceptum est, sivelis *l* contestata. De priore extat hæc definitio; Si quis posteaquam in jus vocatus est, miles vel alterius

k Hinc enim initium omnium actionum instituendarum: ac proinde & judicii. §. ult. inst. de pæn. tem. litig. *l l. 1. C. de jud. Junct l. lite. 35. ff. de usur. l. fin. C. de exc. & ibi Bald. in pr. l. 30. ff. de jud.*

rius fori esse cœperit, in ea causa jus forum revocandi non habebit, quasi vocatione *m* præventus. In jus vocatum cum *n* effectu accipimus eum, qui rectè vocatus est, & ubi ab initio se defendere debuit. Alterius fori quis esse incipit aut mutato domicilio, cum quis postea quam in jus vocatus esset, aliò domicilium transtulit; aut privilegio proprii judicis postea quæsito, quale est, exempli gratia militum & *o* studiosorum. Ac neutrum horum reo prodesse placet ad actionem repugnante actore aliò transferendam, ne quod jus actor semel per hanc vocationem in jus sibi quæsivit, ei *p* invito adimatur. Unum hoc exceptum sit, si quis à principe judicem nominatim impetravit non tantum ad causas futuras, sed etiam præteritas & alibi cœptas.

Judicii accepti sive litis contestatæ vis triplex; quod litigatores in eodem judicio retineat; quod retineat in conjuncto; quod actorem petitioni mutuæ obnoxium reddat. Principio ubi semel cœptum est judicium, ibi & finem accipere *q* oportet: neque hæc causa ad reum solùm pertinet, sicut in jus vocatio præcedens, sed etiam ad ipsum actorem: qui si electionem habens litem alicubi semel contestatus est, postea *r* mutandi ejus judicii potestatem non habet. Conjuncta in hac re judicia habita sunt, possessionis & proprietatis, ac de his ita cautum; Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus ju-

m l. 7. ff. de jud. quod & locum habet ubi plures jurisdictiones concurrunt. Vult. ad l. 4. C. de jurisd. n. 19. Dicitur a. præventio propriè ratione est, litis pendentia etiam respectu actoris, quæ verè non inducitur nisi post litem contest. quamvis passim hæc confundunt, solaque citatione litis pendentiam induci scribunt, ut citatus ad alium deinde judicem vocatus objecta exceptione litis pendentiæ hujus cognitionem defugere possit. per d. l. 7. C. proposuisti pen. x. de for. comp. Gail. 1. obs. 74. n. 16. plura tamen ad litis pendentiam, quam ad præventionem requirit Mynſ. 4. obs. 26.

n ut verba in usu juris accipiuntur. l. 1. §. 1. quod quisque jur. l. quoties qui satisd. cog.

o l. magisteria. C. de jurisdict. aut habita. C. ne fil. pro pat.

p arg. l. ult. de pact. l. 2. de his qui sui vel al. jur. & per l. 28. de excus. tut. l. incola 34. ad mun. Poteit tamen princeps ordinem jurisdictionis turbare, & reum ad suam jurisdictionem ex causa vocare, quò pertinere existimo l. 12. si quis caut. add. Vult. in l. un. C. quand. imp. int. pup.

q l. ubi acceptum 30. de jud. l. pen. de jurisd. ubi exemplum in puella, quæ nupsit.

r d. l. 30. l. 4. C. de jurisd. idque ideo, ut opinor, quia litis contestatione contrahitur. l. 3 §. idem scribit. de pec. At ante litem contestatam facultatem aliò reum vocandi jus civile actori non adimit, per d. l. 30. facit l. si quis. 112 pr. de V. O. vid. sup. lit. m.

dicium excipere non cogeretur, ne causæ *s* continentia dividatur. In *t* mutua quoque petitione vis judicii accepti, eaque ad actorem maximè pertinens, animadvertitur. Ea hæc est, ut judicio accepto actor mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi litem ipse movit, *u* tametsi priùs ibi conveniri nō potuisset. Id quod æquissimâ ratione receptum: nam cum reus mutua hac petitione *x* compensationis æquitatem postulet, quasi defensio quædam rei & pars ejusdem judicii videri debet, certè finè *y* agendi inspecto. Hinc duo à veteribus pro reo recepta, alterum probante, alterum non probante actore. Primum hoc est, ut quamvis actor de intentione sua multò antè docuerit, tamen judex non antè sententiam ferre debeat, quam de mutua petitione rei *z* cognoverit; ut recognita aut reum condemnet, si constiterit nihil ei deberi, aut si deberi constiterit, admissa compensatione eum absolvat, aut denique alterum alteri condemnet, si non pecunia invicem *a* debeatur. Quod tamen ex constitutione Justiniani ita coercendum, si mutua rei petitio tempore litis contestatæ aut *b* non multò post illata sit, non si

s l. nulli. C. de jud. Continentiam causæ vocat imp. adjunctionem & connexionem horum judiciorum, sicuti continentia dicimus ædificia. l. 87. de V. S. Et possessorium est initium ac tanquam vestibulum petitorii §. retinendæ inst. de interd. quamvis origine sua separata. l. 12. §. 1. de acq. poss. etiã aliis modis causa continens dicitur. vid. Sichard. in d l. nulli. n. 6. & 7. Gæd. c. 1. de sequ. n. 29. & seqq. add. Menoch. 2. arb. 95. & 361.
t Quæ in usu juris mutua actio & petitio l. 11. §. 1. de jurisd. l. 34. de proc. l. 15. de except. rei jud. l. 6. C. de comp. & similib. ea à DD. & in foro reconventio dicitur
u l. qui non cogitur. 22. de jud. adeo ut & in clericis coram judice seculari reconventio recepta, modò ne sit causa spiritualis. Trentacinq. 2. pract. res. c. de mut. pet. 1. n. 32. Gail. 1. obs. 37. n 6. quo exemplo idem admittendum videtur in studioso agente cum cive coram magistratu urbano: quod tamen aliis non placet. Illud convenit coram arbitro ex compromisso sumto reconventioni non esse locum. c. 6. x. de arbitr. fac. l. 46. & l. 50. de rec. arb. adde Molignat. de reconv. q. 23. Sich. ad auth. & consequenter. C. de sent. & interl. n. 8.
x l. 6. C de compens. neque tamen eadem est reconventio cum compensatione: differentiam earum breviter & eleganter explicat Sich. ad l. 14. C. de sent. & int. n. 12.
y Igitur non putantur hic verè duo esse judicia, ut sunt duæ petitiones: sed unum ex petitione & depulsione constans. d. l. 14. in fin. una & eadem aut certè cohærente sententia terminandum. Sich. ad d. auth. n. 4.
z Alias sententia nullius momenti. sed tutius appellabitur. l. 1. §. ult. quæ sent. sin. ap. resc.
a Ubi pecunia invicem non debetur aut quantitas, ibi compensationi non est locus. per l. si convenerit. In p. de pign. act. l si non sortem. 29. §. si centum. de cond. ind. at reconventio adhuc locum habet. Sich. d. loc. Zaz. Schneid. ad §. in bonæ. Inst. de act.
b Statim reconventionem fieri debere indicat d. auth. & consequenter. ubi Sich. n. 6. ex com. sententia hoc ita exponit, vel ante litis contestationem vel in continenti post. In quo item discrepat à compensatione, quæ etiam post sententiam contra executionem opponi potest, quia pro solutione est. Hinc quoque est quod reconventio non admittitur in causa appellationis. Sich. ad. d. auth. n. 5. & 7.

affectâ jam & pœnè consummata intentione actoris *c* moræ injiciendæ causa ea *c* utatur. Secundum est, ut si actor intentionem suam non probaverit, non solùm reum absolvere judex debeat, sed probatâ mutuâ petitione etiam actorem reo eodem judicio *d* condemnare. Porrò indiget hęc potestas mutuæ petitionis tribus cautionibus: primũ ne actor cogatur actiones cujusvis excipere, sed illius solùm, cui ipse litem *e* intendit: secundò, ut ne has quidem cogatur excipere omni tempore, sed *f* pendente eodem judicio duntaxat; quorum neutrum tamen ad *g* legatos pertinuit: tertiò ne cogatur excipere in quibusvis causis, non si injuriam suam, aut furtum sibi factum, aut damnum, quod passus est, persequatur, quod ideò placuit, ne quis impunè contumeliis & damno afficeretur, aut in potestate cujusquam esset hoc pacto invitum subjicere alienæ *h* jurisdictioni. Illud vice mutuâ pro actore constitutum, ut si alio loco mutuam petitionem reus instituat, rectè actor desiderare posit, ut apud eundem judicem causa disceptetur termineturque. *i*

c *l. ult. C. de comp. nam quod ibi in exceptione compensationis statuitur, etiam locum habere debet in reconventione. Molignat. q. 87.*

d *Ex sententia Pap. d. l. 14. C. de sent. & int. Atque hic notandum eum, qui reconventione utitur, hoc ipso non fateri debitum, etsi is, qui compensatione uti vult, eo ipso se debitorem agnoscit. ut not. Sich. ad d. l. 14. n. 12.*

e *contendit reconventionem rectè objici usque ad conclusionem in causa, quoad effectum jurisdictionis prorogativũ.*

e *Nam in aliis ratio excipiendæ actionis cessat, quæ equitate mutuæ petitionis & compensationis nititur. l. 6. C. de comp.*

f *per l. 22. de jud. quare cũ confessus pro judicato habeatur, reconventione uti non poterit, & consequenter si causa habeat paratam executionem, quę sententiæ vim habet. Molignat. q. 41. & 42.*

g *l. 2. §. 5. de jud. vide tamen Covar. pr. qq. c. 5. n. 4.*

h *ratio non magis ad legatos, quam ad reliquos pertinens, reddita in d. l. 2. §. 2.*

i *d. auth. & consequenter. C. de sent. & interl. vid. cap. proximum.*

CAP. XII.

An quovis loco jure constituto promiscuè agere, & an non pluribus, quam à nobis posita sint, liceat. Et conjunctim ubi ex privilegio agi posit.

SUnt igitur in universum quatuor loca, in quibus adversus invitos, qui ex sua persona conveniuntur, jure communi in causis pecuniariis jurisdictio est, si rebus integris agatur nullo adhuc judicio instituto, hæc tria domicilium, obligatio contracta, ubi res est, de cujus possesione aut proprietate contenditur:

tur: si judicio instituto, hic unus, ubi cœptum est agi. Hinc exorta duplex quæstio; una de electione, liceatne agere volenti omnibus hisce locis promiscuè experiri; altera de numero, liceatne pluribus. Ad electionem quod attinet, licet ex iis, quæ de singulis disputavimus, quid hic actori liceat, agnoscere. Summa eorum hæc est. Si de possessione aut proprietate de rebus singulis controversia sit, ibi omninò agi *k* debere, ubi res est; si de hereditate, ibi solùm, ubi reus domicilium habet: si de obligatione contracta, aut ubi domicilium habet, aut ubi contraxit, prout actori videbitur, cui in hac causa *m* electio tributa est: denique si cœptum est judicium, ibi solùm, ubi cœptum est, ad quam causam etiam pertinere existimetur mutua rei petitio, si pendente lite contra se mota actorem vicissim *n* pulsare velit. De numero horum locorum sic habeto, in causis civilibus jure communi plura, quam ea *o* quatuor non esse. Criminum autem quæstiones etiam ibi exerceri possunt, ubi reperitur is, qui reus esse criminis perhibetur. Jure quoque singulari sive ex privilegio alia insuper accedunt, de quibus ordo institutus exigit, ut nunc cognoscamus.

Privilegia hujus generis, sicut supra obiter dictum est, quædam privata sunt, quædam publica. Privata, cum certæ alicui personæ ob gratiam vel dignitatem speciali diplomate à principe tribuitur, ne alibi conveniri possit, quam coram eo judice, quem princeps

k l. quod legatur. 38. de jud. l. ult. C. ubi in rem. act. usu tamen, ut diximus, receptum ex communi interpp. sententia, ut etiam in rem actio institui possit in loco domicilii possessoris.

l un. C. ub de hered. quanquam & hic ajunt vulgò receptum, ut utroque loco agi possit. vid. sup. c 10. in fin.

m utro enim ex his locis agatur, dicitur ibi reus se defendere debere. l. 19. §. 1. de jud. C. dilecti. 17. x. de for. comp. & ibi gloss. in verb. domicilium habent. Et vulgatum axioma, In alternativis electio rei, ad alternativam locorum non pertinet. l. 2. § Scævola. ubi ratio de eo. quod cert. loc Zaz. ad §. si quis agens. vers. plus a. & ibid. Schneid. n. 13.

n ut mutua rei petitio non solum eodem loco & apud eundem judicem ab actore suscipi, sed etiam à reo moveri debeat. d. auth. & consequenter. ne actor pluribus locis distrahatur. l. 11 §. 1. de jurisd. nec malitiis indulgendum. l. 38. de rei vind. cum & ipsi reo commodum pluribus locis non distrahi. Sanè non cogitur reus mutua petitione uti: sed si pendente lite ea uti velit, cogitur eam apud eundem judicem instituere, finita à. lite non impeditur adversarium coram alio judice convenire. d. auth. & conseq.

o non obst. l. eum qui 43 de jud. l. 16. §. 1. de pec. const. ubi hæc veterum definitio; quod certo loco promissum, ubique peti posse. Nam hoc civiliter accipiendum cum Ioan. Ar. & Accurs. de loco legitimo, in quo etiam non adjecto loco agi potuisset. Nam de eo dubitari poterat propter verba conventionis, secundum quæ agi tantum posse videbatur loco constituto. l. 1. de eo quod cert. loc. dissent. tamen Bart. ad eam l.

consti-

constituit: cujus generis privilegia, ut pote in corpore juris, ut loquuntur, non *p* inclusa, usu forensi magis observanda sunt, quàm discenda in scholis. Publicum privilegium est, quod jure publico certo generi personarum tributum est. Cujus generis quædam actori tributa, quædam reo. Actoris privilegium in eo, ut contra ordinem juris communis forum ejus reus sequatur. Cernitur hoc in duobus generibus *q* personarum; in pupillis, *r* viduis, aliisque fortunæ injuria *s* miserabilibus personis, quibus omnibus lege publica permissum est, præsertim si his cum potentioribus res sit, adversarium suum ad *t* auditorium principis vocare: item in fisco in causis fiscalibus, quas sive ipse agat, sive privatus, placuit solum rationalem † decidere, Reus in loco legitimo conventus aliò revocare jure communi non potest: ex privilegio potest: id quod in quinque hominum generibus animadvertere licet. Primum in iis ipsis, quas diximus, *u* miserabilibus personis, sed nō nisi in causa *x* civili. Secundū in personis ecclesiasticis, quibus proprius judex datus est *y* episcopus. Tertiò in magistratibus, quorum dignitati & amplitudini datum est, ut non alium judicem, ne in *z* criminibus quidem, agnoscere cogantur, quam principem, aut eum, cui princeps causæ cognitionē cōmisit. Quartò militibus attributus est *a* magister militum etiam in delictis, i. ō omnibus qui-

p Ac nec includi potuerunt, ut potè occupata circa personas singulas, ideoque loco juris specialè rescriptū principis desiderant Vult. in l. un. C. in qu. ca. mil. for. præscr. n. 7.

q Caput est in legibus Academiæ Leidensis, quo iidem studiosis, qui illic sunt, tribuitur: aperteque constituitur, ut reus actores studiosi forum sequatur.

t In eadem causa & virgines parentibus orbatos haberi oportere. l. malum. 242. §. viduam. de V. S. Trentacinq. 2. pr. res. 2. cap de citat. n. 16. quod & usus servat, licet dissent. Covar. pr. qq C. 7. n. 2. In muliere tamen innupta negotiatrice aliud dicendum videtur. vid. Merul. syn. pr. civ. lib. 4. dist. 1. C. 8. Quod si vidua contra viduam judicio consistat? Privilegia confundentur, locusque erit communi foro. Trentacinq. d. loc n. 18. Covar. d. c. 7 n. 4. Quid si vidua aut pupillus dives? Nihilominus gaudebunt privilegio. Gail. 1. obs. 1. n. 4. Merul. d. loc. Trentacinq. eod. n. 16. *s de quib. vid. Trentacinq. d. res 2. n. 28. & seqq.* *t l. un. C. quand. Imp. inter pup & vid. Convenit ferè artic. 8. Curiæ nostra provinciali. sed denegatur privilegium agentibus actione sibi cessa aut mandata. art. 1. ampl. instr. 1579. Cessat etiam in re modica, non excedente 100 aut 50. flor. si creditor & debitor in eodem oppido aut pago habitent. vid. Merul. d. loc.* *† l. 1. & 2. C. si advers. fisc. l. 5. C. ub. ca. fisc.* *u Quæ ad auditorium principis revocare possunt. d. l. un. C. quand. imp. inter. pup. ipsæ a. invitæ extra domicilium trahi nequeunt. No. 86. c. 1.* *x arg. l. 1. C. ub. sen. vel clar. l. 37. in fin. de min. Trentacinq. tamen etiam in criminali. d. res. 2. n. 13. & Menoch. c. 66. n. 29.* *y l. placet. C. de episc. auth. statuimus. C de Episc. aud.* *z l. ult. C. ubi sen. vel clariss. l si gravius 26. C. de dign.* *a l. 6. C. de jurisd. l. 7. ff. de jud. l. pen. C. de pactis.*

dem, sed levioribus & militaribus. Postremò ob literarum & laudatarum artium reverentiam etiam studiosis proprius judex constitutus est, Rector Academiæ, sed in re *b* pecuniaria tantùm. In hoc reorum privilegio una hæc in universum cautio est, ut jam tum competere cœperit, cum alicubi in jus vocati sunt, postea quæsitum nihil eos juvabit ad declinandam judicis ejus, ad quem priùs rectè vocati erant, jurisdictionem.

b Aut. habita. C. ne fil. pro patr. & ibi Sich. n. 21. Muscorn. de jurisd. n. 76. Don. tamē in d. auth. idem etiam in re criminali asserit, de quo non est contendendum: quia sicut tota magistratuum & jurisdict. distinctio à voluntate principis pendet, ita ex speciali cujusque Academiæ privilegio hac metienda. c *l. 7. de jud. vide sup. cap 11. Quando miserabil. personar. privilegium cesset. vid. Menoch. d. c. 66. n. 38. & seqq.*

CAP. XIII.

De judicibus datis: qui quibus in causis dari poßint.

Ex his, quæ hactenus à nobis disputata sunt, satis liquere arbitror, quis judex in jurisdictione sit competens, quod secundo loco in idoneo judice quærebamus. Tertium adhuc superest ad idoneum judicem omni ex parte constituendum, ut ne sit suspectus. At enim cum hæc quæstio ad judices datos maxime pertineat, satius est eam tantisper differre, donec de eo quoque genere judicum cognoverimus. Igitur si judex jurisdictionem habeat; si sit in ea jurisdictione competens; si non sit suspectus, habemus omnia, quæ ad constitutionem idonei judicis, de quo quærimus, desiderantur. Atque hic subsistendum foret, si is judex, qui jurisdictionem habet, *d* ipse semper de re cognosceret & judicaret: nunc quia fieri potest, ut is aditus pro jurisdictione sua alium judicem dare malit, quam ipse judicare, longius abire cogimur, & de hoc quoque genere cognoscere. Differt hoc genus judicum à superiore illo & nominibus & re. Nomina eorum varia, usitatè atque ex ipsa re dicuntur judi-

d magna inter doctos cōtroversia est: potuerintne olim magistratus ipsi de omnibus causis cognoscere & judicare, quod hodie supervacuum quærere. l. 2. C. de ped. jud. Illud certum de multis causis magistratus ipsos non solum potuisse cognoscere, sed etiam pro officio debuisse. d. l. 2 in cæteris, de quibus ex officio non cognoscebant, judices dare solitos fuisse. Sive a. id pro arbitrio fecerunt, sive lege aliqua aut more judiciorum exigente, nolo anxie disputare.

ces

ces *e* dati, aliquando etiam delegati. Ex his sunt, qui dicuntur judices speciales & addicti, quia dantur specialiter ad rem certam, quæ nunc se offert, cognoscendam, iidem ex sessione dicuntur *f* pedanei, Græcè χαμαιδικασταί, ex eo, quod judicarent sedentes ex imo loco, ac humum pedibus *g* calcantes. Veteribus etiam dicebãtur judices selecti itemq; disceptatores, & *h* recuperatores. Re in hoc differunt à superioribus, quod notionem habent duntaxat, non *i* jurisdictionem, hoc est, quod eorum, potestas causæ cognitione & sententiæ ferendæ jure conclusa imperii nihil admixtum habet, cujus vi sententiã à se latam *k* exequantur. Cæterùm etiam in hoc genere eædẽ illæ, quæ in superiori, quæstiones inducuntur; an judex datus sit idoneus; si est; an perseveret. Idoneum judicẽ datum eum definimus, qui jure datus est, & quatenus per leges licet Jure datum accipimus, in quo tria hæc cõcurrant; ut detur, in quibus causis oporteat; à quo oporteat; & quem oportet dari. Primum igitur de causis; deinde de persona dantis; novissimè de persona dati quærendum est.

Principio non omnes causæ judicem datum admittunt, de quo primò ex jurisdictione judicis, post deinde ex genere ipso statuendum. Causarum quædam ad jurisdictionem dantis pertinent, quædam non pertinent. De his, quæ non pertinent, hoc ante omnia statui oportet, neminem in his judicẽ dari *l* posse, ac proinde delegata alienæ jurisdictionis causa, nec cognitorem datum patientiam præcepto accommodare cogi, nec si ultro obtemperaverit, sententiam ab eo latam nullius esse momenti, ut ne *m* appellatione quidem sit opus.

e l. 46 l. pen. de jud. delegati in l. 5. C. eod. tit. speciales. in l. ult. C. de off. præt. addicti passim in veterum scriptis. Scip. Gent. 2. de jurisd. 8.

f l. 3. ne quis eum, qui in jus voc. est. C. de ped. jud. No. 60. cap. 2. Theoph. pr. instit. de interd.

g non sedentes in sella, quæ Romanis tribunal vocatur, aut in editioribus subselliis. add. Rav. 3. var. 20. Cujac. in parat. C. de ped. jud. & credibile est, primum ita appellatos esse delegatos minorũ causarum judices qui in comitio pedibus stantes judicabant, non sedentes in subselliis. Cic. in Brut. Quare si anguste & exiliter dicere est Atticorum, sint sanè Attici: sed in comitium veniant, ad stantem judicem dicant: subsellia grandiorem & pleniorem vocem desiderant.

h Duar. de jud. cap. de jud. dat. Ravard d. loc. plura de recuperatoribus vide apud Coras. 3. misc. 18. Sigon. 2. de antiq. jure civ c. 18. & seq.

i Ne mandatã quidẽ in quo errãt vulgò, interpp. Cujac. d. loc. Duar. 1 disp. 53.

k textus est in l. à Divo 15. pr. & ibi Duar. & Don de re jud. adde quæ notamus lib. 4 c. 49.

l l. un. C qui pro sua jurisd. l. 1. C. de ped. jud. dictat hoc regula juris aut potius natura. l. nemo plus. de R. I.

m d. l. unic. Potuit igitur & post sententiam opponi exceptio incompetentiæ: verùm hoc ita, si non potuit prorogari jurisdictio alias nisi initio litis præscriptio fori obiiciatur, judex ex consensu efficitur competens. vid. cap. 7. sup.

opus. Soli excepti judices à principe specialiter delegati, de quibus nominatim cautum est, ut possint aliis causas delegare judicandas nullo personarum causarumve tractatu *n* habito. Sed neque in eis causis, quæ ad jurisdictionem dantis spectant, judicis passim dandi licentia est: nam liberior illa potestas, quæ hic olim fuit, à posterioribus *o* principibus pro varietate causarum partim coangustata est, partim ademta. Earum causarum tria genera: unum earũ, in quibus, quod ipsi magistratus cognoscere non *p* poterant judices pedaneos dabant, cujusmodi fuisse existimo eas omnes, quę facti & juris certi inquisitione *q* commendabantur: alterum earum, in quibus solebant ipsi præsides ex officio cognoscere: tertium mixti generis in quibus vel ipsi judicare vel judicem dare poterant. De primo genere hoc præcipitur, ut non aliter in iis judices dent, quam si vel occupationibus publicis, vel causarum multitudine ipsi cognoscere *r* impediantur. Secundi generis duæ species; & quæ in usu juris dicuntur esse cognitionis prætoriæ. Animadversionem criminalem ipsi præsidi aut proconsuli ex officio incumbere constat, adeò ut nec extraordinario mandato amplius hic transferatur, quam *s* nuda cognitio. Earum, quæ notionis prætoriæ sunt, & cognitiones *t* extraordinariæ plerunque vocantur, species quatuor. Prima earum est, in quibus magistratus cognoscere solebant de *u* honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum &c. quæ omnia magis à jurisdictione prætoris,

n Quia in causa sibi mãdata principem repræsentantes in omnes jurisdictionẽ habent. Fach. 1. con. 47. de quo tamen dubito. Donello certè lib. 17. c. 12. pr. figura tantum orationis exceptio videtur.

o Diocletiano & Maximiano in l. 2. C. de ped. jud.

p Verba sunt d. l. 2. C. de ped. jud. quæ Accurs. non de jure, sed de facto accipit. puta si absentia, valetudine aut occupationibus impedirẽtur, quod nos in medio relinquimus.

q Nam de jure incerto apud centumviros tractari solet. Quintil. lib. 4. c. 2. Senec. 3. de benef. 7. unde Cic. 1. de Orat. centumvirales causas in jure positas esse dicit. add. Ræv.ard. protrib. c. 11. & de præjud. 7. *r d. l. 2. C. de ped. jud. In eo igitur jus novum discrepat à veteri, quod olim in his causis usitato judiciorum more judices dabant: nunc dare non licet, nisi occupationibus publicis &c. impediti ipsi cognoscere non possint. Mos dandi judices apud nos in totum exolevit; nam delegati à Collegiis, quos commissarios appellamus, huc non pertinent: neque à principe in causis revisionum, aliisve extra ordinem delegati.* *s l. 1. C. de offic. proc. l. 6. ff. eodem unde patet non solum in hoc genere causarum jurisdictionem mandari non potuisse, sed nec judices dari.* *t Quia præter morem judiciorum ordinarium & usitatum de his ipse prætor ex officio judicabat, non judicem dabat Duar. ad l. 7. §. 2. de pactis Hotomanus 7. observat. 4.* *u De quib. prætoris vel præsidis cognitionem ex officio fuisse declarat l. 1. de extraord. cog. maxime §. pen.*

quam

quam ex certo jure *x* pendebant. *y* Secunda eſt reſtitutio in integrum minorum, quæ & ipſa dicitur nullam propriam actionem aut cautionem habere, ſed tota pendere ex cognitione *y* prætoris. Tertia ſpecies ea, in qua de poteſtate inter filium & patrem quærebatur: in qua hic honos parentibus habitus eſt, ut *z* prætor ipſe, non alius cognitor cognoſceret. Quarta ſpecies, perſecutio fideicommiſſi, quæ inde extraordinaria dicta, & ejuſmodi, quæ non habeat juris ordinarii *a* executionem. Mixti generis eſt cauſa ſtatus: quippe de qua ipſi quidem magiſtratus cognoſcere poterant, ſed ex officio non *b* cogebantur. Et in hac quoque judicis dandi poteſtas magiſtratibus *c* adempta, ut jam iis annumeranda ſit, in quibus ex officio ipſi judicabant. Cæterùm hæc cognoſcendi neceſsitas remiſſa tum judicibus à principe lectis, tum reliquis omnibus in negotiis humilioribus, quorum ſcilicet eſt ea vilitas, ut non admodum notionem prætoriam requirant. *d*

x Vnde neque de his actio ordinaria prodita, quod certo jure non interventuri ſed extra ordinē prætor ſubvenit ex æquitate, ſine ſolennibus & ſtrepitu judicii, ſine formula. Scip. Gent. 2. de juriſd. c. 20.

y l. quod ſi minor. 24. §. ult. de minoribus. Hotom. ad omnem reſtitutionem hoc pertinere exiſtimat.

z unde vindicatio hic ceſſare dicitur, & locus eſſe notioni prætoriæ. l. 1. §. 1. de rei vind. l 3. §. 1. de lib. exh. a *l. pecuniæ. 178. §. 2. de V. S. de fideicommiſſis cognoſcebant cōſules & prætor fideicommiſſarius. Vlp. tit. 25. §. 12. illi de ſummis majoribus, hi de mediocribus. Hinc illud Quintiliani lib. 3. c. 8. non debet apud prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud conſulem: major n. prætoria cognitione ſumma eſt.* b *unde Cujac. in l. 127. de V. S. cauſam ſtatus permiſtā vocat, quod in eo cognoſcere & judicare liberum. vid. omninò Rav. 3. var. 20.* c *d. l. 2. C. ne ped. jud. in fin. Hic locus apertè evincit olim in cauſa ſtatus judicem dari potuiſſe.* d *d. l. un. C. qui pro ſua juriſd. l. ult. C. de ped. jud. apud nos ordinarii judices de quavis ſumma cognoſcunt.*

CAP. XIV.

Qui judices dare darivè poſſunt.

NOn omnes verò judices dare poſſunt, ſed nec omnes dari. De perſona dantis ſic ſine hæſitatione ſtatuimus; Si nihil aliud, quam perſona dantis impediat, poſſe omnes, qui juriſdictionem habent, ſive propriam ſive † mandatam, judices dare: & retro

† DD. veteres id negari putant in l. ult. de off. ejus. l. 5. de juriſd. Sed longè aliud eſt juriſdictionem mandare, aliud ſimpliciter dare judicem. qui juriſdictionem mandat, is quidem etiam judicem dat, ſed cum imperio & exequendi poteſtate. Hoc n. is facere non poteſt, cui juriſdictio mandata eſt, hoc eſt commiſſa alienæ juriſd. exercitio. Judicem verò dare non prohibetur, quia judice dato juriſdictionem nihilominus retinet. l. 15. §. 1. de re jud. Nec obſtat Vlp. in l. 13. de juriſd. ad quam optimè reſpondet Pet. Fab. in l. 70. de R. I.

qui non habent jurisdictionem, non posse, sive ii privati sint sive judices delegati. Nam in utramque partem valere debet definitio Ulpiani, Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. *e*

Qui judices dari possint, sua sponte intelligetur, si prius cognoverimus, quinam dari prohibeantur. Prohibitorum genera duo; unum eorum, qui conditione personæ in totum judices esse vetantur; alterum qui cum alioqui in cæteris causis idonei judices forent, tamen aut hoc tempore aut in illas personas certis de causis judices esse prohibentur. Eorum, qui in totum judices esse prohibentur, totidem iterum genera; aut enim prohibentur naturâ; aut legibus. Naturâ judices esse non possunt ii, in quibus non sunt ea, quæ judicis officium desiderat: qualia sunt hæc quatuor; ut causam audiat; interloquatur; ut re auditâ ipse cognoscat & judicet; ut ita judicet, uti legibus, moribus est proditum. Itaque in cujus persona horum quid deerit, is idoneus judex non habetur. In hoc numero sunt hi quinque, surdus, *f* mutus, perpetuo *g* furiosus, impubes, legum & consuetudinis *h* imperitus: non quod in quovis judice exigatur exacta omnis juris cognitio, sed ea saltem, quæ ad causam, quæ tractatur, decidendam *i* sufficiat. De pubere minore 25 annis ambigitur. Nobis placet hæc ætatis distinctio. Si pubes decem & octo annis major erit, nihil prohibere, quo minus inter consentientes judicare *k* possit, infra eam ætatem constitutum nullo modo judicem esse

e extat definitio in l. 3. in fin. de jurisd. obscurior Pauli est in l. 12. §. 1. de jud. add. l. 1. C. de ped. jud.

f d. l. 12. §. 2. Hinc & audientia causæ dicitur. l. 10. C. de jud. & sæpe expedit litigatores interrogare. l. 9. C. eod. C. judicantem. ca. 30. q. 5.

g d. l. 12. §. 2. Si a. intervalla habeat, & sanè mentis effectus cognoverit, quod sententia dixerit, ratum erit. l. 39. de jud. Tutum tamen non esse talem judicem dare monet Pet. Greg. Synt. 9. c. 14. Prodigum etiam in hac causa furioso comparabimus.

h No. 82. in præf. hinc Bald. in l. 2. C. de sent. ex per. recit. duplici sale judicem instructum esse vult scientiæ, ne sit insipidus; & conscientiæ, ne sit diabolicus.

i Sic artifices de causis artificii sui, mercatores de causis suæ negotiationis optimè judicare possunt, quamvis exactam juris universi cognitionem non habeant. Hinc illud tritum; Peritis in sua arte credendum. l. 12 de stat. hom. Planè qui litibus forensibus in universum præficiuntur, legum peritos esse oportere rationis est.

k arg. l. 1. § 3. de post. vid. Govean. in l. 2. de jurisd. n. 8. Pet. Fab. ad l. 2. de R. I. ubi respondet ad 8. de min. quæ in speciem contraria. Enimvero minor, qui magistratus sit, etiam partibus non consentientibus judicare potest, eo quod legibus annariis à principe solutus creditur. l. 57. de re jud. Menoch. 2. præs. 29.

posse. In majore 20. annis hoc esse amplius, ut etiam cogi possit judicare, salva tamen ei manente restitutione in integrum, De cæco quoque tractatum est. Sed non est, quod de eo dubitemus cùm disertè à veteribus *l* traditum sit, eum judicis officio rectè fungi, quamvis neque pro alio postulare, neque ad *m* magistratum aspirare possit. Legibus judicare prohibentur, ob verecundiam sexus, *n* fœminæ; ob statum & conditionem personæ, servi; ob notam turpitudinis, qui senatu moti, item quibus foro *o* interdictum est, & si qui similes.

Privatis de causis quo tempore agitur, aut in causa, de qua agitur, judices esse prohibentur, partim qui non sunt ex ordine judicum, sicubi certus eorum ordo constitutus est; partim ob justam *p* suspicionem. Ordo judicum apud veteres duplex fuit. Unus ita constitutus, ut qui in eum allegerentur, omnes essent idonei: qualis ordo *q* Allectorum fuit institutus à Zenone, renovatus deinde à Justiniano. Ejusdem generis ordinem fuisse existimare possumus in *r* centumviris, qui privatas lites disceptabant in quatuor consilia divisi, quibus prætor præsidebat. Erat & alius judicum ordo in *s* decurias descriptorum à consilio centumvirali discretus, sed huc tamen pertinens, apud quos quæstiones publicæ, quarum perpetua jurisdictio erat, agitabantur, idque in foro. Prætorum hic non aliæ partes, quam ut eos judices cogerent, eorumque sortitionem, ac subsortitionem facerent ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat. Reliqua, quæ ad causæ cognitionem pertinebant, ab-

l l. 6. de jud. l. 1. §. 5. vers. casum. de postul. Sanè si de finibus regund. de comparatione literarum, aliisve negotiis, quæ oculis tantum dijudicari possunt agatur, rectè cæcus arcebitur.

m nimirum quia multa à magistratibus administrari debent, quæ sine usu oculorum nequeunt.

n l. 12. §. 2. de jud. add. Pet. Greg. 47. synt. 11. Petrum Fab. ad l. 2. de R.

o d. l. 12. §. 2. l. 9. §. 1. de pœn. De senatu motis l. Iulia repetundarum primò cautum: nam animadversio censoria ruborem magis, quam ignominiam afferebat, ut alicubi loquitur Cic.

p de causis suspicionum tractamus cap. seq.

q quibus magistratus propter occupationes consueverant causas delegare. No. 82. c. 1. & seqq.

r apud quos de jure & æquitate certabatur, veluti de usucapionibus, tutelis, gentilitatibus, alluvionibus, parietibus, luminibus, stillicidiis, testamentis &c. Cic. 1. de Orat. quæ judicia omnia privata fuisse certum est. Sigon. lib. 2. de ant. iur. civ. c. 18.

s quarum decuriarum crebra mentio apud Cic. & alios. vid. Sig. d. c. 18. Nic. Gruch. 1. de comit. Ro. c. 2.

solvebat judex *t* quæstionis, à prætore, cujus jurisdictio erat, forte ex numero judicum creatus, qua cognita judices sententiam ferebant. Alter ordo judicum non ex numero civium constabat, sed ex certo ordine civitatis: cujus generis ordines Romæ tres fuere, senatorius, equestris, tribunorum *u* ærarii. In his autem ordinibus qui erant, non omnes erant idonei, ut judices esse possent, sed si qui legendi aut sumendi essent, jubebantur sumi ex his ordinibus aut aliquo eorum, prout legibus judiciariis cavebatur; aliunde sumtus in ea causa erat, ut posset rejici. In quibus studium est cognoscendæ antiquitatis, pleniorem harum rerum cognitionem haurire poterunt ex monumentis doctorum hominum, qui hæc ex professo tractaverunt.

t qui & quæsitor Ciceroni. Asconius principem judicũ appellat. Non erat igitur ipse prætor, ut existimat doctiss. Budæus in annot. ad l. ult. de senat. In judicio Oppianici prætor erat C. Verres, judex quæstionis C. Iunius. In judicio Cluentii prætor Q. Naso; quæsitor Q. Voconius. In Iudicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio judex quæstionis Q. Curtius, ut indicat Cic. in fin. 3. in Verr. videant antiquitatis studiosi Nic. Gruch. d. loc. *u Primis temporibus in potestate senatorum judicia fuere: lege a. Sempronia à senatoribus ad Equites translata: utrique deinde ordini lege Livia permissa. Adjecti postea lege Plautia tribuni ærarii: sed non multo post à Cæsare Dictatore sublati. Hinc tot leges judiciariæ sese mutuò evertentes, de quibus fusius Manut. in libb. de legib. Carol. Sigon. d. c. 18. lib. 2.*

CAP. XV.

De causis suspitionum, propter quas judex rejici possit.

SUspicio non quævis ad removendum judicem idonea, sed justa & ea, quæ certas suspicionis causas habet, cujusmodi sunt hæ perturbationes in judice; spes lucri ex judicio; metus litigatoris, si ei judex infensus; amor interior erga alterum; judicii corruptela. Primùm si ea causa sit, cujus commodum aut incommodum judicem tangat, repudiari is rectè *x* poterit. Commodum autem & incommodum hic generaliter accipimus, non tantum pecuniæ, sed etiam *y* existimationis. Proinde qui causæ, de qua agitur, defendendæ aliquando operam navavit, eum

x l. un. C. ne quis in sua ca. jud. l. 17. ff. de jud. *y l. 1. §. in propria. quãd. app. quod à nobis pluribus expositum est in quæstione de testib. lib. 4. c. 30.*

tanquam,

tanquam suspectum rejici posse non est dubitandum. Secundò rectè repudiabitur ut suspectus, si cui ex litigatoribus inimicus aut infensus *z* sit, ne quid in eum, cui infensus est, iniquè statuat. Idem propter eundem metum placuit, si tantus sit amor judicis erga adversarium, ut nonnihil præter bonum & æquum ipsius *a* causâ velle existimetur: de quo vel ex *b* jure cognationis aut *c* affinitatis, vel ex *d* beneficio accepto aut communione *e* muneris statuendum est. Postremo ob suspicionem corruptionis rejici potest, quem aliquis sibi judicem dari petiit: nisi hoc *f* specialiter à principe ad verecundiam petiti judicis respiciente permittatur. Atque hæ quidem 4. causæ sunt suspicionis jure civili receptæ. Sed quia nemo ex suspicione ipso jure efficitur non idoneus, causam suspicionis *g* allegare, eamque *h* probare oportet. Hinc de vi ad removendum tria adhuc quærenda sunt; quo tempore recusari judex suspectus debeat; quæ recusationis forma, quis exitus. De tempore sic jus est; ante litem contestatam judicem rejici posse, postea non posse, nisi quæ causæ *i* novæ post litem contestatam emerserint. Forma hæc, litigator causam suspicionis *k* libello complectetur, eumque porriget judici ipsi, quem sibi suspectum esse dicit. Exitus; si recipit causam recusationis judex & ultro se abstinet, res expedita est: sin eam rejiciat, relinquitur, ut apud ar-

z l.9. de lib. ca. c secundò requiris. x de appell. Quod si reconciliatio intervenerit: aliud statuendum videtur, tametsi dissent. Zaz. in l. 16. C. de jud. n. 12.

a Nam si ob hanc causam rejici testis potest. l.3. de testib. multo magis judex: cui major facultas gratificādi amico.

b Quod quousque extendi debeat, ex moribus cujusque regionis statuendum. Si æquali gradu utrique conjunctus cessat causa suspicionis. Pet. Greg. 49. synt. 3. n. 5. Duar. ad l. 10. de jurisd.

c Per c. absens. 8. c. 3. qu. 9. *d Rebuff. de recusat. art. 1. gloss. 1.* *e Mainard. 1. dec. 82. & 85. idem est, si advocatus ante fuerit. l. 6. C. de postul. l. ult. C. de assess.* *f l. observandum. 47. de jud. add. Gail. 1 obs. 33. n. 4. Myns. 1. obs. 63.* *g Et scripto complexis libello recusationis porrecto. l. apertissimi 16. C. de jud. Gail d. loc. n. 13.* *h Ut accidit in omnibus exceptionibus. l. in exceptionibus. ff. de prob. C. suspicionis. 39. de off. deleg. Veteribus temporibus videtur sufficisse simplex iteratio: his verbis. Etiro, iniquus est Cujac. 9. obs. 23. Plin. in Panegyr. Sors & urna judicem assignat: licet exclamare, hunc nolo, hic timidus est.* *i l. 16. ff. de jud. C. pastoralis. de except. Idem est, si causam suspicionis à principio ignoravit. d. C. pastoralis. Gail. 1. obs. 33. n. 11. nec obstat. l. 16 C. de jud. circa medium. loquitur n. de eo, qui & ante recusari poterat. Nam qui litem contestatur, consentire in judicem & causis recusationum renunciare intelligitur. C. inter. 10. x. de re jud. Myns. 4 obs. 59. Covar. pr. qq. 26 n. 2.* *k Nec ore fieri potest. Gail. d. obs. 33. n. 13. Quid in libello exprimendum V. Vesemb. ad d. l. 16. n. 21.*

bitros vel consensu litigatorum *l* sumtos, vel à judice datos ea probetur, quâ probatâ prætorem adibunt, ut is alium judicem det, qui de causa cognoscat. Quæ omnia jure *m* canonum apertè constituta sunt, & juri civili veteri ferè consentanea. Quamvis autem Justinianus postea litigatoribus potestatem fecerit judicem pro arbitrio recusandi, neque exigat, ut causam suspicionis aut dicant aut probent: *n* usus tamen publicus, eumque secuti Pontifices eam constitutionem non sine gravi causa reprobaverunt: in quo nos acquiescere oportet. Non solum autem judex datus, sed etiam *o* ordinarius sive magistratus ipse ob eas, quas diximus, causas eodem tempore atque modo rejici potest. In exitu hoc dissimile, ut si remotus fuerit, vel alium ipse judicem det, vel ad superiorem magistratum litigatores remittat. Quod & ipsum jure canonico *p* cautum est, usque receptum, obliterata constitutione Justiniani, qui recusato ευδίκασ adjungi voluit ejus loci sanctissimum Episcopum.

l Non ut de negotio principali cognoscant, in quam rem eos eligi vult d. l. 16. sed ut de causis suspicionis, juxta scita juris Can. sed & ipsa arbitrorum electio in desuetudinem abiit, soletque de his causis cognoscere superior.

m C. secundo requiris. 41. §. ult. C. cum speciali. 61. x. de appellat. C. suspicionis. 39. de off. deleg.

n teste Bart. in d. l. 16. C. de jud. Gail. d. obs. 33. n. 16. Maynard. lib. dec. 88. Covar. pract. q. c. 26. n. 1.

o l. qui jurisdictioni 10. ff. de jurisd & ibi Laz. n. 5. d. c. cum speciali c. 4. de for. comp. c. legitima. de appell in 6. Cujac. 9 obs. 22. in fin. Senatum quoque recusari posse, si omnes aut maior pars suspecti, aut præses aliusve maioris auctoritatis, docet receptumque scribit Monach pr. jud. part. 2. c. 2. n. 3. contra Gail. d. obs 35. n. 2 & 3. ubi senatores supremæ Spirensis Curiæ frustra recusatos tradit.

p d. C. cum speciali. Hanc dispositionem juris Can. usu receptam & constitutionē Iustinianō Nov. 66. cujus sententia expressa est in auth. si verò. C. de jud. ab usu recessisse tradit Pet. Greg. 49. synt. 3. n. 22.

CAP. XVI.

Judex rectè ab initio datus quibus modis judex esse desinat.

NOn est satis judicem ab initio rectè datum esse, nisi & perseveret: alioqui judicium solvitur. Causæ propter quas judex quis esse desinit, variæ: sed ad *q* tria genera commodè revocantur. Nascuntur enim aut ex lege dationis; aut à persona dantis, eove superiore; aut deniq; à persona dati: à persona litigan-

q Alii modi non sunt hujus loci, ut si transigant, si reus bonâ fide agnoscat, si actor deserat, & ex remedicio contracto circumduci causam & cognitionem oporteat. l. 6. C. quom. & qu. jud. l. 27. §. 1. ff. de lib. ca.

litigantium *r* nullæ. Ex lege dationis, ut si ad certum tempus datus fuerit: nam eo finito judex esse desinit, nisi tempora ex consensu litigatorum ei *s* prorogentur. Ex eadem lege dationis efficitur, ut judex datus judex esse desinat, cum judicaverit, neque sententiæ mutandæ postea habeat *t* potestatem. Ex persona dantis judex esse desinit, si vel is, qui dedit, vel qui majus imperium habet, eum judicare vetuerit, quasi revocato *u* mandato. Non idem tamen in morte mandantis placuit: tametsi jurisdictio mandata morte mandatoris extinguatur, si is prius decesserit, quam geri *x* cœpta est. Alia enim causa est judicis dati, alia mandatæ jurisdictionis. Judex datus suo jure cognoscit: is, cui mandata est jurisdictio, alterius vice *y* fungitur. Adde quod favor litigatorum exigit, ne diutius trahantur. Ex persona sua toties judex esse desinit, quoties quid inciderit, quod vel judicandi facultatem adimat, vel solvat judicii necessitatem. Facultatem judicandi hæc *z* adimunt: primò furor superveniens vel qua alia mentis ab alienatio: secundò si quid in judice dato inciderit, quod longiorem moram trahat, puta periculum rei familiaris, aut *a* valetudo: tertio si justa causa suspicionis postea *b* intervenerit. Atque ex his tribus causis desinit quidem esse judex, qui datus est: cæterum non ipso jure, sed alterius surrogatu. Necessitas judicandi solvitur, statimque & ipso jure judex datus judex esse desinit, si is nactus *c* par imperium cum eo, qui eum dedit: propterea quod par in parem imperium

r Nam si alter eorũ moriatur, judicium propterea non solvitur. sed trãsfertur vel in hæredem vel in dominum litis vel in patrem. una sane exceptio est, si is, cum quo lis erat, ab adversario adigeretur. l. 11. de jud.

s l. 2. § 2, eod. Sed post constitutionem Iustiniani l. properandũ. C. de jud. causæ omnes certo tempore finiendæ. vid. inf. lib. 4. c. 38

t l. judex posteaquam. 55. de re jud. de quo itẽ pluscula lib. 4. c 46.

u l. judicium. 58. de jud. l. potioris. C. de off. rect. prov. etiam rebus non integris, propter vim imperii. Neque delegans obligatur delegato, sicut mandator mandatori, ubi res non amplius integra. Goed. de sequestr. c. 1. n. 61. & seq.

x judicium morte dantis non solvitur. l. venditor. 49 § ult. de jud. hoc ideo, quia judex datus non fungitur vice dantis; sed notio, ex quo datus est, propria ejus facta intelligitur. Contra est in jurisdictione mandata. l. 6. de jurisd.

y Quod verum esse vel inde liquet, quia à judice dato appellatur is, qui eum dedit: ab eo autẽ, cui mandata est jurisdictio is, qui provocaretur ab eo, qui mandavit l. 1, pr. & §. 1. quis à quo app.

z Non ipso quidem jure, sed suffectu alterius. l. judex. 46. de jud. l. si longius, 18 eod.

a de quibus in l. 13. de vac. mun. d. l. si longius. l. pen. C. de ped. jud.

b forte quod alter ex litigatoribus judicem heredem fecerit, ut refert ex Juliano Ulp. in l. 17. de jud.

c l. judicium. 58. d. tit. Junct. l. 3 & seq. de rec. arb. l. qua de re. 74. de re jud.

perium

perium non habet. Quia igitur remoto aut mortuo judice dato alium substitui placet, quæsitum est de potestate substituti, si fortè simpliciter suffectus fuerit, nulla re nominatim expressa. Et placuit eadem de re iisdem omninò *d* conditionibus sumtum videri, quibus is, cui surrogatus est: eandem enim rem & judicium, quod ante fuisset, *e* permanere, licet ob subductam prioris judicis personam solutum videatur.

d Tantundē quoque temporis, quantum priori datum. l. si judex. 32. de jud. quod utilitatis gratia placuit, quia aliquo tempore opus est substituto ad deliberandum de rebus à priore factis. Duar. de iud. cap. de iis qui iud. dar. sub fin. *e l. proponebatur. 76. de iud. unde & id, quod à priore inceptum posterior sequi debet. l. mortuo. Co. de eod. quod non fieret, si aliud judicium foret. Duar. d. cap.*

CAP. XVII.

De assessoribus.

HUcusque de personis, quæ ad judicium constituendum principaliter & necessariò requiruntur, oratio fuit. Transeamus ad adjuvantes & administras. Earum quædam operam judicibus præstant, ut assessores sive consiliarii; quædam litigatoribus, ut advocati & procuratores. Assessores sunt, *f* qui magistratibus in judicio assident, ut in rebus ad judicium aut jurisdictionem pertinentibus, suo iis consilio adsint, & jus, quod videtur, pro sua prudentia suggerant. Atque hinc ex ipsa re dicti sunt assessores & † consiliarii. Differunt à judicibus & potestate muneris suscepti, & suscipiendi necessitate: nam omnes judices aut jurisdictionem habent aut notionem, assessores *g* neutrum eorum: deinde judicum munus necessarium est, assessorum *h* voluntarium. Porro tria hæc potissimum hic cognoscenda; quibus in re-

f Quoniā in magistratibus integritas, innocentia, prudentia & fortitudo, quam doctrina aut scientia juris civilis requiritur, ut præclarè Cic. pro Planc. eorūq; occupationes, quamvis iuris peritissimi sint, disceptationibus forensibus eos vacare sæpe non sinunt: ideo suos sibi consiliarios & assessores legunt. Datis à. iudicibus id non permittitur, cum ipsos peritos esse oporteat, nec, ut magistratus, aliis occupationibus distringantur, eximitur tamen iudex à principe datus. No. 82. in pr. Olim etiam à magistratibus dati assessores habuerunt, ut patet ex Cicerone pro Quint. & Rosc. † *l. 5. ff. hoc tit. l. 3. C. eod. iidem & comites dicuntur. l. 4. ff. eod l. 6. §. pen. de pœn. Cuiac. 7. obs. 21.* *g Ut ipse quorum munus est eum, qui hæc habet, & cui assidens, instruere: nemo autem sibi assidere aut Consiliarius esse potest.* *h l. prætor. 13. §. 2. ff. de vac. mun. Junct. l. 1. C. hoc tit.*

bus

bus officium assessoris versetur; passimne omnes ad hoc munus admittantur; quæ præmia huic officio proposita, violati quæ pœnæ. Officium assessorum in his ferè causis consistere Paulus *i* significat; in cognitionibus, id est, causarum forensium quæstionibus & *k* disceptationibus sive civiles sint & pecuniariæ, sive publicæ & criminales: in postulationibus, quibus verbis significari puto desideria & *l* postulata civium, ut in his assessor suggerat, quid hic magistratus concedere possit aut debeat; veluti, si quis petat sibi satisdari legatorum nomine aut damni infecti: in libellis, quo nomine libellos intelligi existimo conventionales; assessoris enim officium est, cavere, ne hujusmodi libelli ineptè concepti aut rem illicitam continentes à judice *m* recipiantur: in edictis, quæ ad jurisdictionem pertinentia publicè proponebantur: in decretis; id est, iis, quæ magistratus causâ cognita statuit, quale est, cum decretum interponit de alienatione prædiorum *n* minoris: postremò in epistolis, quas sæpe magistratus de *o* rebus ad jurisdictionem pertinentibus ad principem scribebant, ut in his suggerat assessor, quam rectè & pro officio epistola *p* concipiatur. In assessoribus igitur non judicium, sed consilium fuit. *q*

Cognito assessorum officio videamus, an passim

i in l. 1. ff. eod. Iustinian. uno verbo eorum officium complectitur, cum dicit assessores esse τὰ ἐκ τῶν νόμων ὑφηγουμένους. d. Nov. 8I.

k Ut quid in unaquaque re juris sit, magistratū edoceat: nā ipsa cognitio magistratus est. l. 3. §. cognoscere. de off. præf. vig. l. ubicunque de R. I. Sed hodie ex No. 60. potest, magistratus causæ cognitionem assessoribus injungere, dum apud se reservet litis contestationem lationem sententiæ, & conclusionem causæ.

l Seu petitiones, quæ causæ cognitionem requirunt. l. 2. §. 2. quis ord. in bon. poss. Baro in l. 1. h. tit. sed gloss. ibid. eo pertinere putat, ut videat assessor, num is, qui postulat, sit infamis &c. m *l. 9. §. 4. de off. proc. l. 7. de postul. gloss. in d. l. 1. Baro intelligit petitiones, quæ sola subscriptione principis aut magistratus expediuntur. per d. l. 9. §. 1.* n *Et similia, quæ quia disceptationem plerumque habent, ex consilii sententia fieri debent. Bar. d. loc.* o *Quærentes de jure: nam de facti quæstionibus moris non fuit consulere aut rescribere. Hujusmodi autem epistolæ in libris nostris frequentissime occurrunt. add. Duar. 1. disp. 41.* p *Nam hujusmodi epistolas componere assessorum fuit, scribere Cancellariorum, id est, scribarum seu notariorum, ut rectè Accurs. in l. 3. C. H. t. de etymo vocis Cancellarii vide Pet. Greg 47. synt. 29. Pet. Pithœum 2. adv. subsec. 12. Hodie munus Cancellarii sublime & honorum apex, id cum quæstura Palatii comparat Gail. 1. de pac. pub. 5. n. 29. cum præfecto prætorio Cancellarium Galliæ Bud in annot. tit. de off. præt.* q *Quo judices instruebant duntaxat, unde nec in leges jurabant, ut judices. l. 10 C. de jud. Judices tamen partes quadam assessor dicitur in l. omnis. C. Theod. de his quæ adm. trad. sunt. Sanè hodie assessores etiam appellant ipsos senatores curiarum, quod constat judices esse & ordinariam jurisdictionem habere.*

quivis ad hoc officium admittatur. Illud constat, quemadmodum nemo invitus assessor fieri cogitur, ita magistratibus quoque liberum esse eos assumere. Cæterum nō omnes passim assumi aut cuivis assidere possunt. Cur non possint, id quatuor horum sumitur ex aliquo; aut ex persona assessoris, si non sit *s* juris peritus, si sit *t* infamis, si eodem tempore advocatione *u* fungatur: aut ex loco assidendi, si popularis ejus *x* provinciæ, in qua assidere jussus, ut tamen unicuique liceat *y* quatuor menses in patria sua assidere: aut à magistratu, cui assidetur, si pluribus, quam uni assessionem præbere velit, quod nemini *z* licet: aut ex causa, cui aliquandò privatus patrocinium *a* præstitit: nam in ea causa apertè suspectus est. Nunc quæ præmia assessoribus proposita, quæ pœnæ delinquentibus constitutæ, cognoscamus. Præmia eorum *b* varia: immunitas à tutelis omnique indictionum & munerum onere: ut si filiifa. sint jure quasi castrensis peculii quæsita habeant: ut in causa restitutionis in integrum perinde habeantur, ac si reip. causa abessent: denique in authoramentum laboris & industriæ etiam de publico salaria iis constituta sunt. In delinquentes contra variæ pœnæ pro varietate delicti constitutæ, quas nihil necesse est huc transcribere, cùm nullo negotio cognosci possint, ex iis constitutionibus, quibus *c* sancitæ sunt. Illud notabile, quod assessor in quibusdam duriùs obligetur, quam judex seu magistratus: magistratus enim si quid iniqui juris statuerit, ex edicto. Quod quisque juris, non tenetur, si id non dolo, sed per imprudentiam fecerit:

s Munus n. assessoris explicare ea, quæ ex legibus descendunt, propriū est jurisconsulti.

t l. 2. hoc tit. quippe jurisconsultum virum bonum esse oportet. At liberti assidere non prohibentur. d. l. 2.

u quamvis apud alium magistratū. l. ult. C. eod. nec est contraria l. 5. ff. eod. nam apud aliū tractare sua negotia nō prohibetur. Pac. 1. q. 55. Ant. Fab. ad l. 37. ex qu. ca. mai.

x l. 10. C. h. tit. cuius rei non una ratio redditur ab interpp Bar. ad l. 3. ff. eod. Ant. Fab. ad d. l. 37. Muret. 1. vol. orat. 18.

y hoc ideo fortè, quia tam brevi tempore haud magna peccandi occasio. Est & alia exceptio in d. l. 3. alia in l. ult. eod. item alia in l. 38. ex quib. ca. mai. & d. l. 10,

z l. ult. C. eod. ubi & ratio. Sic leg. Atheniensium prohibitum fuit, ne Areopagites eodem tempore aliis in locis judicaret, quam Athenis.

a d. l. ult. in fin. & per l. mandantis. 25. ff. de testib.

b de quib. vide l. 10 §. 6. de excus. l. 12. §. 1. de vac. mun. l. 37. & seq. ex qu ca. mai. l. 8. 4. 7. 11. & ult. C. h. tit.

c in C. hoc nostro tit. No. 60. c. 2. auth. ad hac C. de jud. No. 134. c. 4. l. 21. C. de appell.

At assessori etiam imprudentiam *d* efficere placet. Et meritò, cùm juris civilis scientiam palàm profiteatur. Sunt & aliæ personæ, quæ in judiciis judici operam navant, & ex parte etiam litigatoribus, ut actuarii, scribæ, viatores seu executores litium, nuncii seu γραμματοφόροι: de quorum omnium persona & officio satis diligenter legibus publicis apud nos *e* cautum est. Quod si quid de his jure Romano sancitum, quod ignorari non debet, ne hoc quidem ubi locus postulabit, omittemus. Neque enim huc proprie pertinent, ubi agimus de iis personis, ex quibus judicium constat & quasi coagmentatur.

d l. 2. quod quisq. jur. eadem planè ratione, qua imperitia imputatur medico. l. illicitas. §. sicuti. de off. præs. l. 7. in fin & l. seq. ad l. Aquil.

e vide Merul. synops. prax. civ. lib. 4. distinct. 3. tit. 6. & aliquot seqq. De eorum à usu non solum novo, sed etiam veteri consuli possunt Car. Sigon. 2. de ant. jur. civ. Ro. c. 13. Pet. Greg. 47. synt. 4. & 2. seqq. Cujac. in N. 44. Cov. pr. qq c. 19.

CAP. XVIII.

De advocatis seu de postulando.

UT judicibus utiles sunt assessores, ita litigatoribus advocati & procuratores. Advocatorum opera ut *f* nobilior, ita & necessitate & ordine agendi prior. Nam & procuratoribus sæpe carere possumus, & si adhibentur, non solet initium eorum operæ esse, nisi cum lis contestatur, quo tempore incipiunt actioni aut petitioni respondere. Advocatis autem nulla pars causæ *g* carere potest: nam & ab initio recte consuluntur, & in reliquo cursu peritorum patrocinium omnino necessarium est. Omnis autem de advocatis quæstio quatuor locis continetur: primus est de persona advocatorum: secundus de præmiis: tertius de eorum officio, ejusque neglecti pœnis: quartus de eorum in causa potestate, quò-

f Advocatus personam suscepit, procurator negotium: inde advocato meo sum susceptus vel cliens: procuratori mandator vel dominus. Advocatus clientis sui causam orat, jus ei suppeditat, concipit libellos, preces & alia id genus. l. 3. & tot. tit. C. de err. advoc. procurator administer est & executor advocationis, advocato instrumenta & cognitionem totius negotii subministrans Cujac. parat. C. de proc. Pet. Greg. 49. synt. 6. n. 0. Advocatorum merita & laudes illustri oratione prædicant Impp. in l. Advocati. 14. C de advoc. 1.

g Et adhiberi potest advocatus in omnibus causis, procurator verò in civilibus & privatis duntaxat. l. servum. 32. §. publicè. l. licet. 42. de proc.

rum

rum quædam omnibus communia, quædam propria advocati fisci. Prius autem quam hos locos ordine exponamus, edocebo breviter, quibus nominibus tum advocati ipsi, tum eorum officium denotetur. Antiquiores patronum ab advocato separabant: nam qui alium defendendum susceperat, si orator erat, *h* patronus dicebatur, advocatus, si jus suggerebat aut præsentiam suam commodabat *i* amico. Postea cum non amplius nudam præsentiam, sed orationem suam clientibus commodarent, promiscue hisce nominibus uti cœperunt, & patronos, advocatos, *k* causidicos, itemque *l* togatos appellare omnes, qui causis agendis quoquo studio *m* operantur. Est autem causam agere, sive quod idem est, advocati, causidici, patroni munere fungi, id, quod nostris uno verbo dicitur, postulare. Postulare, definitore Ulpiano, est desiderium † suum vel amici *n* sui in jure apud judicem exponere, vel alterius desiderio contradicere. Nunc ad locorum, quos proposui, expositionem accedo.

Ante omnia Advocatorum persona rectè constituenda est, In eo quæritur, quinam advocatione fungi seu postulare possint. Et constat omnes posse, qui non prohibentur. Eorum autem, qui prohibentur, quidam prohibentur jure, quidam sententia judicis. Rursus ut jure prohibeantur, fit aut ob conditionem personæ, aut propter causas extra perso-

h Ascon. Pædian in divin. Cic. Pollet. 2. hist. fori 1. & seqq. Cic. pro Cluent. Quis eum nō modo in patroni, sed in laudatoris aut advocati loco viderat? i Nec voce, sed habitu & nutu reo aderat. Plaut. Epidic. 3. scen. 3. Res magna amici apud forum agitur: ei ire volo advocatus. Horum a. magnam sæpe catervā secum ducebant. Liv. lib. 3. Virginius cum ingenti advocatione filiam in forū adducit. Cic. pro Quint. Nihil tam copiosa advocatione uterer &c. k Quint. lib. 12. c. 1. & in dialog. de oratorib. in pr. l. 6. & seq. C. de postul. l. 2. l. ult. C. de advoc. 1. similiter apud Claudian. Iuvenal. Martial. Hinc causidicina apud Marcellin. lib. 30. l Quia peculiari & decenti toga amictos esse oportuit. qui negotia perorabant: quod & hodie usus fori servat. Reliqui quoque cultus nitori operam eos dedisse constat vel ex Iuvenale satyr. 7. Purpura vendit Causidicum: vendunt Amethistina: convenit illis & strepitu & facie majoris videre sensus, &c. Certè muneri tam honorato etiam vestitus honestus convenit, & sæpe habitu vulgus metitur facundiam. Lud. Rom. singul. 363. add. Specul. hoc tit. §. sequitur. 2. m Ut loquitur Ulp. in l. 1. §. advocatos. 11. de extr. cogn. † Ex hac parte latior videtur postulatio advocatione, cum pro se postulans advocatus sibi dici nequeat, quanquam hæc confundi solent. Ant. Fab. ad d. l. 1. §. 4. n Quibus verbis excludi videntur judices dati. Et sane edictum de magistratibus conceptū fuisse arguit tum ipsa Ulpiani definitio, quæ extat in l. 1. §. 2. ff. de postul. tum §. 5. d. l. 1. sed vis edicti SC. ad judices pedaneos porrecta. Duar. d. tit. c. 4. VVes. in par. eod. n. 4. d. l. 1. §. 6. vers. item SC. quanquam Rev. 3. Sibj. 20. pedaneos judices ibid. interpretetur magistratus min.

nam positas. Eorum, qui prohibentur conditione personæ, tres edicto ordines prætor fecit. Primus ordo est eorum, qui in totum ad postulandam non admittuntur: in quo ordine duos prætor removit, ab ætate, *o* minorem 17. annis; à vitio corporis, *p* surdum. Secundus ordo eorum est, qui pro aliis postulare prohibentur, pro se non prohibentur. In hoc ordine sex excepti, notati tres edicto & totidem constitutionibus. Edicto hi, à sexu *q* fœminæ; à vitio corporis, *r* cæcus; item personæ turpitudine notabiles, quales sunt hi *s* quatuor, qui muliebria passus est, qui capitali crimine damnatus, qui damnatus calumniæ publici judicii, qui operas locavit in hoc, ut cum bestiis depugnaret. Constitutionibus excepti, à vilitate conditionis, *t* cohortales; à religione, *u* omnes sacro-sanctæ catholicæ religionis mysteriis non imbuti; ab imperitia, qui juris & legum ignari. Quin etiam etsi fortè quis cognitionem *x* juris habeat, tamen placuit, non antè eum in togatorum consortium esse recipiendum, quam id jurati doctores, quorum opera usus est, testati *y* fuerint. Tertius ordo habet eos, qui & pro se & pro certis quibusdam personis hanc operam navare possunt, pro cæteris prohibentur. In hoc ordine sunt omnes edicto aut

o d.l.1. §.1. eod. Dices, si minor 25. annis non potest esse procurator, ut vulgo per l. 51. de proc. multo ergo minus advocatus. per l.4. de senat. l. 11. de min. Resp. quod vulgo persuasum minorem 25. annis procuratorem esse non posse, nusquam traditum: sed ubi periculum est, ne eo restituto judicium fiat elusorium, rectè recusatur. d.l.51. hec a. in advocato non metuitur, qui non condemnatur. Cæterùm jure Can. approbata vulgaris sententia. c.5. de proc. in 6. *p d. l. 1. §. 3. muti non fit mentio, quia id stultum monere, uti nec servi, quia constat eum judicio interesse non posse.* *q d. l. 1. §.5. ubi ratio. cui hanc addit Magon. Cynos. advoc. p.2. c.2. n. 13. ne judex mulieris venustate vel facundia amore captus corrumpatur. Hodierno judiciorum more ne pro se quidem postulare possunt.* *r d. §.5. vers. casum, ubi ratio, quæ tamen cæco pro se postulante cedit necessitati.* *s Notati in d. l.1. §. removet. 6. excipiuntur ibid. qui aliorum curam aut tutelam gerunt, propter muneris necessitatem. l.6. eod.* *t l. ult. C. de advoc. 3. erant a. cohortales apparitores seu officiales præsidum, quos Græci vocant* ταξεῶτας. *u id est, pagani vel hæretici. l. ult. C. de postul. c. nemo 7. de pœnit. dist.1.* *x l. 11. §.1. C. de advoc. 1. Turpe n. est causas in foro oranti jus, in quo versatur, ignorare. l.2. §. Servius. de or. jur. Ac necesse est ut per statuta tempora, id est, quinquennium legum eruditioni inhæserit. const. omnem §.1. de rat. & met. jur. doc. l.3. §.4. & 5. l.5. §.4. & 5. C. de advoc. 2. præter scientiam juris etiam vitæ & morum integritas. l.6. C. de postul. item facundia in advocatis requiritur, id arguunt epitheta, quibus passim decorantur, præsertim in tit. de adv. 2.* *y d.l.11. §. non aliter. & ib. DD. Apud nos sola exhibitio testimonii promotionis & præstatio juramenti, quod continetur art.71. Inst. Cur. sufficit: ac matricula inseritur, absque ulla ulteriore in eruditionem inquisitione: quia grave est publico Academiar. testimonio derogare fidem.*

 consti-

constitutionibus infamia z notati, præter superiores illos quatuor, quos in secundo ordine prætor notavit. Personæ, pro quibus postulare iis permittitur, sunt, quæ eos aut sanguine tangunt aut affinitate, aut ad quos beneficium manumissionis pertinet, aut quorum tutelam curamve a gerunt. De his, qui notantur infamia, dicetur haud multò post.

Causæ externæ, quæ alioqui idoneos pro tempore removent, sunt quatuor; interdum ipsa causa, cui patrocinantur; persona, adversus quam agitur; locus postulandi; nonnunquam & persona ejus, apud quem postulatio instituitur. Principio sicut nemo idoneus, judex est in ea causa, cujus patrocinium suscepit, sic vice versa, qui judex in aliqua causa constitutus est non potest in eadem uni ex litigatoribus patrocinium b præstare. Secundò non cuivis adversus quosvis causam agere concessum, quamvis cæteris rebus integro. Excepti; advocatus fisci, qui adversus fiscum postulare c prohibetur, præterquam si pro se aut pro suprascriptis d personis postulet; decuriones, qui patrocinium suscipere contra patriam, e vetantur eadem conditione; & privatus quivis, qui aliquem defendendum susceperit; neque enim licet adversus eum advocationem f convertere, nisi fortè quis pupillo, adversus cujus patrem postulabat, tutor datus fuerit. In eo loco, in quo certus & definitus advocatorum g numerus constitutus est, advocationem exercere, nisi qui intra numerum sunt, non h possunt. Postremò sunt, qui quamvis apud prætorem postula. e

z nisi fuerint testimonii d.l.1. §.deinde.9. de postul.

a d.l.1.§ fin. & 4.ll. seqq. in quibus omnibus non personæ postulantis, sed ejus, pro quo postulat, ratio habetur.

b l.6. pr. C. de postul. Junct. l.14. C. de assess. Judicem tamen prioris instantiæ in causa appellationis patrocinium præstare posse victori asserit. Ant. Fab. C. Fabr. tit. de postul. def. fin. 1.

c l. 1. C. de adv. fisc. apud nos etiam vetatur alias causas, quam fiscales consulendo aut agendo suscipere. præterquam pauperum &c. art. 18. Instr. cur.

d l. 10. & seq. ff. de postul. l. 13. C. de adv. 1. l. 3. §. 1. C. eod. 2. DD. in l. 1. C. de adv. fisc. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 9. c. 5.

e l. pen § 1 de postul l. 2. C. de adv. 1. Huc item pertinent assessores. L. ult. C. de post. itē monachi, & clerici paucis casibus exceptis. c 1. 2. & ult. x. de postul.

f l. fin. ff. de postul. & ib. gloss. in fin. Sed & qui pro una parte consulendo respondit, non debere eum deinde aliā partem adjuvare, nisi aliis rationibus, quam de quibus consilio suo egit, eam niti compererit, tradit Gulier. 1. pr. q. 30.

g qui varius fuit pro varietate fori. tit. C. de advoc. 1. & 2. passim. In eo numero qui primicerius erat, fisci patronus deligebatur. l. 2. & 3. C. de adv. 2. Apud nos certus advocatorum numerus constitutus non est. sed omnes, qui modo titulo Jurisprudentiæ insigniti admittuntur. Merul. d. tit. 12. c. 3.

h unde & hi soli in matriculam inserebantur l. 13. C. de advoc. 1. l. ult. C. eod. 2.

propter

propter personam magistratus prohibentur, tamen apud judices pedaneos *i* admittuntur: in qua causa dicemus esse eos quibus aut natura, aut leges moresve impedimento non sunt.

Alterum genus eorum erat, qui sententia judicis à postulando repelluntur. Hi sunt, quibus advocatione *k* interdicitur, aut quod amplius est, *l* foro, quæ pœna quas ob causas infligatur, dicetur cap. seq. Hic tantùm duo hæc consideranda; quo loco postulare interdicto non liceat; item intra quod tempus. De loco sic habe; eum cui foro interdictum est, non posse postulare eo loco, ubi magistratus, qui interdixit, jurisdictionem habet, aliis omnibus *m* posse, nisi prohibitus sit ex infami *n* causa. Temporis nonnihil diversa ratio est. Potest enim magistratus non solùm pro certo tempore alicui advocatione interdicere, sed etiam in *o* perpetuum, ut hic quærendum sit, quid judex fecerit, in quo tam verba sententiæ, quam res ipsa & potestas spectanda. Adversus prohibitionem si quis nihilominus postulare conetur, ei aut silentium à magistratu imponi potest, aut pœna pecuniaria pro *p* æstimatione judicis irrogari.

i Id quod satis intelligitur ex d. l. 1. §. 6. vers. item SC. de postul.
k l. 6. §. 1. l. 9. ff. l. 5. & 7. C. de postul.
l 9. ff. de postul. l. 9. ff. de pœn. l. 6. §. ult. mand.
m l. 6. §. 1. de postl. ratio in l. ult. ff. de jurisd.
l d. l. 9. §. 4. de pœn. utrumque tamen pro eodem accipi videtur in l. providendum. C. de post. huc pertinent, quæ de matricula penitus delentur. l. ult. C. de advoc. 2.
n l. 9. de postul. nemque infamat, ubique infamat, ut ait Bart. ibid.
o l. 1. C. l. 8. & d. l. 9. ff. de post. exceptemus semper restitutum. l. 1. §. 9. eod. 9. C. de bon. auct. jud. poss.
p arg. l. 1. §. expilatores, de effractore le

CAP. XIX.

De præmiis advocatorum, eorumquè officio, & in causa suscepta potestate: simul de iis, quæ advocati fisci propria.

ADvocatorũ opera quemadmodũ hominum vitę necessaria & reip. salutaris est ita eximiis quoq; *q*

q Duo hæc quasi alimenta virtutum esse scribit Plutarch. convenienter sententiæ Solonis, præmia & pœnas. quo item facit l. 1. §. 1. de just. & jure.

præmiis r publicè propositis ad eam invitamur. Præmiorum quædam omnibus advocatis communia, quædam advocati fisci propria. Communia hæc duo, immunitas à muneribus civilibus, & proprietas bonorum ex hac opera quæsitorum. Omnes advocati, qui in numerum advocatorum provinciarum aut judicum spectabilium recepti sunt: immunitatis à muneribus civilibus beneficio fruuntur, sed à s personalibus tantùm: nam à muneribus t patrimonialibus nulli ferè eximuntur. A personalibus unum quoque exceptum est u arbitrium, hoc est, ut ego interpretor, omnis ea opera, quæ arbitrio & sententia transigitur, sive id arbitrium ex compromisso receperint, sive in qua causa judices x dati sint. Proprietas bonorum omnibus quidem advocatis tributa, sed quæ iis tantum prodest qui necdum sui juris facti ex advocatione sive per occasionem ejus aliquid quæsiverunt. Nam cùm in cæteris ususfructus acquiratur patri, ex hac causa quidquid eis obvenerit, id omne proprium sibi habere y placuit, tanquam peculium quoddam castrense: quippe qui non minus in toga provideant humano generi, quàm si præliis atque vulneribus patriam parentesque defenderent. z

Cæterùm ne hac operâ, quæ ad salutem civium comparata est, in necem clientum, quos in fidem suam receperunt, advocati abutantur, certis finibus eorum officium circumscribitur, quos transgredi impunè non liceat, atque hic tertius locus est, quem in

r præter salaria seu honoraria, quæ à clientibus pro singulis causis accipiunt, æstimanda à judice pro modo litis, advocati facundia, fori consuetudine. l.1.§. in honorariis. de ext. cog. Apud nos in singulas vacationes eorum certum salarium cõstitutum. vid. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 8. c. 6. Solent etiam civitates, collegia, personæ illustres &c. ex numero advocatorum certos sibi deligere, & anno donare stipendio, quibus non licet contra eos adesse, à quibus honorem consequuntur. l. 2. C. de adv. 1. nisi in propria aut conjunctorum sanguine causa usq. ad 4. grad. l. 13. C. eod. l. 6. ff. de post, aut pupillorum, quorum tutelam gerunt. l. 11. & seq. eod. Plura de salariis advocator. Gail. 1. obs. 45. Menoch. arbitr. 513. n. 4. Pet. Greg. 49. synt. 8. n. 5. & seqq. s quæ referuntur in l. 6. l. 13. in fin. C. de advoc. 1. l. 3. §. ult l. 5. §. ult. C. eod. 2. immunes itaque etiam erunt ab excubiis faciendis, ut rectè Bald in d. l. 6. t nempe tributorum: à quo tamen onere etiam immunes esse contendit Guid. Pap. decis. 88. & 388. Certè, apud nos hic etiam aliqua immunitas, sed tantum van accyse. Sisti quoque seu arrestari non posse neque personam advocati, neque salarium ejus tradit Peck. de jur. sist. c. 5. n. 13. quod & usus servat. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 12. cap. 12. u l 6. C. de adv. 1. sc. postquam id receperunt pœna compromissa. l. 3. §. 1. de rec. arb. nam invitus nemo id recipere cogitur. x dum ne dati in eodem negotio, in quo sunt advocati, quod expressè vetitum. l. 6. C. de post. y l. 4. l. 8. C. de advoc. 1. l. ult. 6. de inoff. test. z l. advocati. 14. C. eod. tit.

advocati

advocatis ſpectandum eſſe diximus. Omnis igitur officii advocatorum deſcriptio tribus finibus continetur: aut enim in cauſa delata ſuſcipienda verſatur: aut in ſuſcepta defendenda: aut in pactionibus cum cliente interpoſitis. In cauſa ab initio ſuſcipienda ſic jus eſt, ut liberum iis ſit cauſam à privato delatam non ſuſcipere, à magiſtratu verò injunctam, puta tenuioris alicujus, declinare *a* non poſsint: pœna recuſanti conſtituta, ut advocatione & foro in perpetuum interdici *b* poſſit. In cauſa ſuſcepta, cætera, quæ ad diligentiam & fidem advocati pertinent, † libera, hæc quatuor legibus cauta. Primùm jubentur advocati cauſam ſemel ſuſceptam ad finem perſequi, deſerere atque adeò longiùs *c* protelare prohibentur: deſertores advocationis amiſſione *d* puniuntur. Secundum eſt, ne falſum in cauſa vel amittant vel recitent: admittentes in pœnam legis *e* Corneliæ, ſicut & cæteri omnes falſarii incidunt: recitantibus placet advocationis munere extra ordinem interdici. Tertium, ne in nimiam conviciandi licentiam prorumpant, niſi exiſtimationis & famæ deminutionem pati *f* velint eo nomine injuriarum damnati. Quartum, ne in cauſa prævaricentur, id eſt, cum adverſario colludant, eum, quem defendendum ſuſceperunt, per ſpeciem officii *g* oppugnantes. Genus fraudis in advocato ſingulare, nec tralatitiè vindicandum: ideòque placuit etiam criminaliter prævaricantem accu-

a *l. 1. §. 4. ff. de poſt. & ib. gloſſ l. providendum. §. 1. C. eod. l. nec quicquam §. 1. & pen. de off. proc. niſi neque apud nos cum Curia pauperi alicui advocatum aut procuratorem dat, qui gratis cauſam ejus agant. art. instr. 78. Romæ peculiarem eſſe pauperum advocatum, qui ſalario de publico donatur ex Octav. VVeſtreo refert. Pet. Greg. ſynt. 49. c. 6. n. 11.*

b *ut in ſimili caſu conſtitutum in d. l. providendum. C. de poſt. Gail. 1. obſ. 43. n. 1.*

† *non ita tamen libera, quin ipſi debuerint concipere libellos &c. l. 3. C. de err. adv. atque apud nos ſpecialiter ipſis iniunctum, ut quæ ad merita, arcana & præſidia cauſæ pertinent, ipſi conficiant, & ſubſcribant. art. 86. inſtr. Cur. Holl.*

c *l. 6. §. 4. C. de poſt. l. properandum. l. rem non novam. §. 1. C. de iud. art. 32. conſt. Car. V. editæ Auguſtæ Vindelicorum. 1548.*

d *Enimvero ſi patronus in progreſſu certaminis cauſam clientis ſui eſſe improbam & ex falſis allegationibus compoſitam cognoverit, eam amplius fovere non debet, ſicut nec ab initio ſuſcipere. d. l. rem. §. 1. quod autem ibid. conſtituitur, non licere, uno ex pluribus patronis, quod ipſi cauſa iniqua videatur, patrocinium deponente, alium ſubrogare, id deſuetudine ab aula receſſiſſe ex Bulgar. refert Zaz. in d. §. 1. ipſe quoque id damnat, nec mores noſtri obſervant. Merul. lib. 4. diſt. 3. tit. 12. c. 5.*

e *l. 1. de leg. Cor. de falſ. remotio ferè communis officii neglecti pœna.*

f *d. l. 6. § 1. C. de poſtul. add. Lancel. Polit. de off. advoc. c. 10. n. 16. & ſeq.*

g *pro cliente fictitiè dicis cauſa, pro adverſario ſeriore ipſa certantes. l. 1. C. de adv. 1. l. 1. §. 1. ff. de prævar.*

sari posse, ac pro qualitate delicti extra ordinem *h* coerceri. Pactiones cum clientibus initæ prohibentur omnes, nisi intra legitimam palmarii quantitatem consistant; ultra eam quantitatem si quis advocatus sibi paciscatur, pactio pro eo, quod excedit, adeò inutilis est, ut etiam solutum ex ea repeti possit. Quod si societatem lucri ex eventu litis sperat *i* (pactum de quota litis vulgò appellant) cum cliente coierint, duplicem hic pœnam expectent; quod & talis conventio tanquam contra bonos mores facta legibus in totum *k* improbetur; & paciscentes ab officio *l* removeantur. Porro omnes contractus, licet de aliis rebus cum cliente interpositos, tamen nullius momenti esse leges *m* voluerunt, credo ne quid in earum fraudem simulatè conciperetur.

Postremus locus est de advocatorum in causa suscepta potestate, ut quæ & quanta illa sit, cognoscamus. Et sciendum est, eam tantam non esse, quin quæ absente advocato vel acta vel judicata sunt, ea rata maneant, ut pendente adhuc lite *n* carere advocato causa possit. Illud quæritur, si quid ab advocato in causa dictum aut factum est, quam vim & potestatem habeat. Et interest, utrum id ad commodum litigatoris, an vero ad detrimentum ejus pertineat. Si ad commodum, quidquid ad causam promovendam advocatus aut dixerit aut fecerit, id omne ad utilitatem clientis pertinet. De detrimento autem clientis si agatur, distinguendum est, dolone malo advocati & prævaricatione admissum sit, an errore. Si dolo & collusoriè, id tantum abest, ut clienti noceat, ut ne appellatio quidem hic *o* desideretur. Sin verò errore sive facti sive

h d. l. 1. in fin. de praevar. d. l. 1. C. de adv. 1. l. 16. in pr. ff. de pœn. *i* l. 1. §. si cui cautũ, de extraord. cogn. l. 3. C. de post. licita a. quãtitas pro singulis causis usque ad 100. aureos: ad quam usque summam peti potest, quod post causam actam nomine palmarii cautum. d. §. si cui. Ordinatione curiæ Parisiensis advocati pro singulis causis supra 10. libr. Gallicas accipere vetantur, teste Gothofr. ad d. §. si cui. *k* l. 5. C. de postul. quia alienæ litis redemtio spe lucri ex victoria consequendi proposita invitat ad delinquendum, unde idem & procuratori prohibitum. l. 15. C. de proc. l. 6. §. ult. & l. 7. ff mand. l. 20. C. eod. l. 53. ff. de pact. eadem ratio coercendi cessiones nominum. l. pen. C. mand. consult. Pet. Greg. 49. synt. 6. n. 13. Menoch. arbitr. 522 Trentac. 2. pr res. tit. de postul. resol 2. *l* d. l. 5. C. de postul. d. l. 6. §. ult. ff. maud. *m* d. l. 6. §. 2. C. de postul. Cæterum ante litem initi, lite postea suscepta ice?? fieri non debe?. *n* l. 4. C. de postul. l. 1. C. de repud. bon. poss. absentia tamen advocati justa causa est petendæ dilationis. per l. 15. §. ult. ex qu. ca. maj. l. 1. in fin. C. de dilat. *o* sed victo liceat denuo de eadem re agere. l. 1. C. de advoc. 1. l. 1 divus, 33. ff. de re jud.

juris

juris advocatus lapsus minùs causæ consulverit, si quidem absente cliente suo & pendente adhuc lite, revocari potest, & post rem judicatam *p* appellari: si autem præsente cliente id evenerit, nisi is intra *q* triduum contradixerit lite pendente, vel ea finita intra tempora provocationis erroris emendandi causa *r* appellaverit, cum errorem quasi proprium corrigere amplius non valebit. Planè officium boni judicis est ea, quæ in jure advocatis partium desunt, partibus supplere, erroreque contemto judicare secundum ea, quæ legibus & moribus sunt consentanea. *s*

Hactenus quæ diximus, advocatorum omnium inter se sunt communia: advocati fisci propria & ab aliis diversa fuere hæc; numerus, tempus officii, præmia, officium, potestas in causa. Advocati fisci numero bini attributi præfectis prætorio reliquis provinciarum præfecturis summis unus. Tempus hoc ut prioribus illis duobus annuum, alteri biennale *t* esset. Præmia præter immunitatem & proprietatem illam bonorum cæteris quoque indultam, fuerunt tituli dignitatis quidam & *u* prærogativæ: tum salarium certum in singulos annos de publico *x* constitutum, quod & illis in ea functione mortuis, *y* heredibus integrum solvebatur. Officium, ne fisci commoda dissimularent, neu per injuriam & calumniam privatorum bona fisco *z* adjicerent.

p vetus constitutio est, errorem advocatorum absentibus litigatoribus non nocere. l. ult. C. de error. advoc.

q d. l. ult. ubi Sichard. post Paul. Castrensem tradit, intra triduum sufficere nudā erroris allegationem, post triduum requiri probationem, atque ita non obstat l. 7. C. de jur. & fact. ign.

r d. l. ult. Atqui causa decisa velamento tali non instauratur. d. l. 7. Rectè, sed decisa sc. cum effectu, si etiã tempora appellandi transierint. Non magis d. advocati error in jure, quã facti nocere debet. per l. 8. in fin. ff. de jur. & fact. ign.

s l. un. 3. ut quæ desunt adv. part. jud. supp. errat. Sichard. ibid. n. 5. cum tradit consuetudinem, quamvis notoriam, suppleri non posse, quia facti non juris: quod falsum. §. constat. § sine scripto. Inst. de jur. nat. pr. Inst. de off. jud. add. VVes. ad d. tit. C. in parat.

t l. binos. l. sancimus. C. de adv. 2. tandem hoc munus perpetuum esse cœpit, quod & hodie observatur.

u Manentes adhuc in officio inter spectabiles sacri consistorii comites habebantur, iisdemq; fruebantur commodis. l. 4 §. 1. C. de adv. 2. officio functi ex consularis præsidis dignitate censebantur. l. 11. §. 1. eod. t. liberi eorum clarissimi d. l. 4. §. 2 add. l. 7. §. ult. l. 2. C. eod. t.

x Ad summam 600. aureor. d. l. 7. §. sexcenti. Cæterum quantitas salaris, & præmiorum modus, tum etiam reliqua ita erunt, ut de his visum erit constituere iis, penes quos rerum potestas.

y l. 3. §. ult. l. 5. § ult. C. de adv. 2. quod & in reliquis advocatis, quibus certa salaria ab iis, quibus inserviunt, constituta sunt obtinet. Mynf. 3. obs. 8. & vulg. DD. Gail. 1. obs. 43 n. 13. hoc optima ratione extendit ad professores. In contrarium disputat Bach in notis ad Treutl. p. 1. disput. 8. th. 3.

z l. pen. C. de adv. fisc. quod sequitur, est in l. ult. eod. Sed nec contra fiscum patrocinium præstare possunt. l. 1. eod. nisi suam vel liberorum aut parentum pupillorumve, quorum tutelam gerunt, causam agant. l. pen. ff. de postul. vid. cap. præc. lit. c. add. Merul. d. loc. tit. 9. c. 5.

jicerent. Poteſtas in cauſa plane diſsimilis à ſuperiore in eo, quod abſente fiſci patrono neq; agi quidquam, neque definiri in cauſa fiſcali poſſit.

CAP. XX.

De his, qui notantur infamia.

QUia maxima pars eorum, qui à poſtulando removentur, ſunt infames, nec quinam iſti ſint, prætor in eo edicto adjecit, hinc neceſſario inducta eſt quæſtio de infamibus, quam idcirco prætor ſequenti edicto complexus eſt: quod & nos ſecuti ſumus, exigente id non tam ſerie tractationis, quam rei ipſius neceſsitate. Quamvis autem hinc primum nata eſt hujus quæſtionis occaſio: ſciendum tamen eſt, utilitatem ejus longe patere latius, nec ad ſolum locum de poſtulando pertinere. Multa enim ſunt infamiæ incommoda, multa, quæ cæteris civibus conceſſa, infamibus denegata ſunt, ne quis parum momenti habere hujus rei cognitionem arbitretur. Igitur præter poteſtatem poſtulandi, de qua nunc agimus, denegata ſunt infamibus hæc *a* quinque; jus aſsidendi ſeu fungendi officio aſſeſſoris; poteſtas accuſandi; dignitates & honores *b* obeundi facultas, auctoritas & fides teſtimonii, niſi quid acceſſerit, quo animus judicis confirmetur; jus capeſſendæ hereditatis, ubi frater germanus à fratre eſt præteritus. Hæc inquam omnia, & fortaſſe *c* nonnulla alia, incommoda ſunt infamiæ, atque ad omnes cauſas famoſas pertinent. Proinde quæcunque deinceps dicemus in commune dicta eſſe intelligi debent.

In quæſtione de infamibus duo in univerſum quærenda; quid ſit infamia, & ſitne unius generis, an multiplex; deinde, quinam infamia notentur, ut inde

a vid. l. 2. de aſſeſſ. l. 9. de accuſ. l. 2. C. de dign. lib. 12. l. un. C. de infam. l 2. pr. ff. de teſtib. l. fratres C. de inof. teſt.

b adepto quoque honore privantur. l. 8. C. de decur. l. 12. C. de dign. & nobilitate. l. 2. C. de ſec. nupt. l. pen. in fin. C. de dign. l. 1. in fin. C. ub. ſenat. vel clar. nempe quoad privilegia & immunitates, non quoad onera. l. 7. §. ult. de interd. & rel. l. 12. C. de decur. l. un. C. de infam. lib. 10. vid. VVeſ. in par. hoc tit. n 8. Tiraq. de nobilitat. c. 24. Marq. Freher. lib. 3. qui eſt de infam. c. 25.

c de his plene tractat Freher. d. lib. 3. c. 24. & ſeqq.

fiant famosi. Infamia, quæ itidem *d* ignominia dicitur, nihil aliud est, quam famæ nominis privatio sive imminutio. Fama, ad personam relata, est personæ cujusque *e* existimatio, quæ definitore *f* Callistrato, est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus. Si mavis planius; est integra opinio de vita ac moribus cujusque, qua fit, ut quis inter bonos & honestos viros habeatur. Hujus existimationis & famæ damnum, quo fit, ut famosus à cœtu honestorum segregetur, contrario verbo infamiam *g* appellamus. Etsi autem vera infamiæ genera nulla nobis appareant: commodioris tamen doctrinæ gratia receptam *h* distinctionem secuti duplicem eam facimus unam facti, alteram juris. Facti infamiam dicimus, quæ ex facto turpi eoque non *i* dubio nata, nulla tamen parte juris *k* notato, existimationem alicujus apud graves & *l* cordatos viros onerat. Ex factis sæpe existimationem minui, atque hujus maculæ etiam, sua esse incommoda constat: nam & testimonii fides notatis detrahitur, & à successione ejus, qui fratri sanguineo prætérito ipsos instituit, per inofficiosi quærelam *m* repelluntur. Crediderim nec aditum eis ad *n* dignitates patefieri oportere. Cæterùm hæc

d Bodin. 3. de rep. 3. existimat ignominiam esse, quę vulgo infamia facti, ac plerosq; eo verbo temere pro infamia abuti, sed refellitur l. 2. l. 14. C. & l. 20. ff. h. tit. & similibus. utramque a. κατὰ ἀντίφρασιν dictum videtur, sicut infirmitas, inopia &c. VVes. par. h. tit. n. a.

e quo & verbo pro eodem utuntur passim juris auctores. l. 1. §. ult. l. 4. de susp. tut. l. 13. §. pœna gravior. hoc tit.

f in l. pen § 1. de ext. cogn. ubi dignitatē pauls latius accipit pro ex conditione persona: qua quis in numero bonorum civium censeri meretur, munerum, honorum, rerumq; ad civilem societatem pertinentium gerendarum capax. Cic. 2. de invent. propriè accipit, eum ita definit, ut sit alicuius honesta, cultu & honore & verecundia digna auctoritas.

g l. 8. C. h. tit. l. 2. C. de dign. unde Bart. in l. 1. h. tit. infamiam definit, læsæ dignitatis statum legibus vel moribus improbatum. Zaz. & VVes. hoc tit. n. 1.

h quam & hi loci suggerunt. l. 13. C. h. tit. junct. l. 3. pr. de lib. & posth. l. 2. de obseq. l. 20. ff. h. tit. l. 2. C. de dign. l. 27. C. de inoff. Accurs. Barth. & DD. ad l. 1. hoc tit. VVes. Zaz. d. loc. Duar. eod. c. 2.

i Nam quæ ex falsa suspicione, ut nonnunquam fit, oritur, infamatio verius dicetur. Freher. c. 22.

k sed opinione hominum duntaxat. Hanc igitur infamiam pariunt omnia facta turpia, ob quæ condemnatos etiam sequitur infamia juris. neq; eam vitabit per procuratorem litigans, quamvis eo pacto vitatur infamia juris. l. 6. §. 2. h. tit. Freber. d. c. 22. eadē macula aspergunntur damnati. Quod met. ca. Unde vi &c. ut vult Zaz. par. h. t. n. 20. & seq.

l Neq; enim vulgi rumores aut vanum plebis judicium hanc notam cuiquam ita inurunt: sed illaudari a. laudatis, ut scitè Alb. Gent. de act. fab. c. 14.

m quorum illud traditur in l. 3. pr. de testib. hoc in l. fratres. C. de inoff. test.

n per l. 2. C. de dign. lib. 12. ubi gloss. Freber. c. 25 Certe ubi virorum honestorum copia, inhonestum hoc eligi. l. 6. de decur. quæ est sententia gloss. in l. 13. §. 6. h. tit. Fortè gradus hujus ignominiæ hic rectè distinguentur. prout VVes. ex Baldo. par. h. t. n. 2.

infamiæ species ex circumstantiis melius æstimari, quam certis regulis concludi potest, utpote de qua nihil certi legibus *o* definitum est. Unde etiam fit, ut interdum hujusmodi personæ oppositæ iis, qui jure notantur infamia, infames esse *p* negentur. Quamobrem & nos quoque eas missas facimus, ut à proposita tractatione alienas, in qua de iis quærimus, qui edicto perpetuo inter infames numerantur, & ad quos superiora incommoda omnia pertinent.

Infamia juris est, quę ex turpi aliquo facto orta, juris auctoritate, id factum notantis, irrogatur. Duæ igitur hic concurrant necesse est; factum aliquod turpe; & juris auctoritas hoc factum *q* notantis. Facta id genus triplicia: aut enim sola lege notantur hoc ipso, quod admissa sunt: aut ita, si quis sententia judicis eo nomine damnatus fuerit: aut denique ita, sive quis eo nomine damnatus erit, sive pactus *r* duntaxat. Lege sola notantur hæc; edicto prætoris, si quis artis ludicræ causa in scœnam *s* prodierit; si *t* lenocinium quis fecerit; si quis virum elugere filiam suam passus, non *u* fuerit; itē tria alia, quæ in edicto continenter sequuntur. Aliis juris partibus quæ causæ notantur potissimum *x* hæ sunt; qui muliebria passus erit; qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locavit; quæ palam corpore

o Potest tamē aliquo modo describi. Quod a. Ant. Fab. tradidit ad l. 4. §. 4. h. tit. facti ignominiam juri penitus ignotā, omni q; effectu juris carere, falsum, esse apparet ex iis, quæ paulò ante dicta.

p l. 13. & seq. l. 19. C. h. tit. quia nempe non notantur lege aut alia parte juris, neq; incommoda infamiæ juris ad eos pertinēt. Quo minus a. facti maculam sustineant, impedire non est in potestate legislatoris. Quo pertinet illud Claudii Imp. qui cum cuidam notā deprecantibus amicis ademisset: Litura tamen, inquit, extat. Suet. in Claud. c. 16.

q argumento sunt titt. ff. & C. de hac materia concepti. l. 43. §. pen. in fin. d. tit. nupt.

r Alii malunt bipartitio ita: aut lex sola factum notat, aut sententia judicis accedente: sub quo membro etiam paciscentem comprehendunt: quod qui paciscitur pro confesso, confessus pro judicato habetur. l. 5. h. tit. l. 1. de confess. Zaz. par. ibid. n. 2. Duar. eod. c. 2. quod tamen non perpetuum. l. 7. eod.

s additur quæstus causa in l. 2. §. ult. eod. Quid si gratis exercitationis & oblectationis causa? Notam negant Bart. & Fab. ibid. Contra Gothofr. citans Augustin. 2. de civ. Dei, 11. vid. Alber. Gent. de act. Fab. c. 15.

t l. ... d. l. 4. §. 2. eod. l. 43. §. 6. de rit. nupt. l. 2. §. 2. & seqq. ff. l. 2. 9. 10 C. de adult.

u sed intra tempus luctus in matrimonium collocavit, sciens generū esse mortuum. d. l. 1. l. 8. eod. Notatur & mulier intra id tempus ulteo nubens. l. 15. C. eod. l. 1. C de sec. nupt. a quo tamen recessit jus Can. c. pen. & ult. x. de sec. nupt. quæ sententia comm. recepta. DD. in d. l. 15. Quamvis summa ratio est, quæ pro jure civili facit, turbatio sanguinis. l. 11. §. 1. ff. hoc t. abusus est Pontifex loco Pauli 1. ad Cor. 7. vers. ult. occurrens is quidem eorum errori, qui secunda nuptias illicitas esse putabant: leges a. pudoris custodes minimè abrogantis. sicut ex Theophylact. eum locum accepit.

x l. 1. §. 6. de postul. d. l. 43. §. 1. pen. & ult. de rit. nupt. l. cum vir. C. ad l. Iul. de adult. l. cor. 26. §. C. de usur. l. 1. C. de S. Tiro.

ſuo quæſtum fecerit; quæ in adulterio deprehenſa eſt; qui venere non nominanda ſe polluit; qui fœnus improbum exercuit; qui contra pactiones jurejurando firmatas venire conatus ſit; qui fidei catholicæ ſymbolo Apoſtolico cõprehenſæ obſtinatè adverſatur *y*.

Secundum genus totum judiciis diſtinguitur. Judicia aut civilia ſunt aut criminalia. Civilium quædam ex edicto, alia ex contractu & quaſi contractu. Criminalia rurſus publica, aut non publica. Atque ex his omnibus alia famoſa alia non item. Civilia judicia ex edicto proficiſcentia famoſa ſunt *z* ſeptem; furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo, expilatæ hereditatis, ſepulchri violati, item, actio, quæ eſt adverſus mulierem, quæ, ut in poſſeſſionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem ſe adſeveraverit, cum prægnans non eſſet, aut ex alio concepiſſet. Ex his cauſis atque ex his judiciis condemnati omnes edicto notantur, ſed ita, ſi damnati ſint ſuo nomine: quod additum propter procuratores, tutores & curatores, qui alieno nomine conventi tametſi ipſi condemnentur, infamiæ tamen notam non *a* ſubeunt. Ejuſdem generis judicia ex contractu vel quaſi contractu orta famoſa ſunt *b* quatuor, mandati, pro ſocio, tutelæ, depoſiti: ſed ita, ſi tres hæ conditiones concurrant; ſi quis in his *c* ſuo nomine; ſi de dolo ac *d* perfidia ſua; ſi *e* directo judicio condemnatus fuerit: nam in contrario non de perfidia agitur, ſed de calculo, qui fere directo judi-

y Cujus generis eos ſolos eſſe exiſtimo, quos pura antiquitas & piæ conſtitutiones hæreticos vocant.

z quorum 4. priora comprehenſa edicto: reliqua tria. l.12. C. h. tit. l. 1. de ſepulc. viol. l. notatur. 15. & 4. ſeqq. ff. h. tit. Condictiones a. famoſæ non ſunt, licet ex famoſis cauſis deſcendant. l. ceſſat. 36. de O. & A. nec interdicta, quamvis ex delicto. l. 13. de vi arm. nec acti in quod met. ca. nec legis Aquil. quamvis pudorem onerant & facti infligunt ign[o]miniam ut ſup. lit. k.

a l. 6. §. 2. h tit. Junct. l. 1. C. de ſent. & interl. ratio peti poteſt ex l. ſancimus. C. de pœn. *b l. 1. in clauſula, Qui pro ſocio. eod. cur a. hæc ſola quatuor? ratio mox reddetur.* *c d. l. 6. §. 2. quæ conditio cum prioribus communis.* *d per d. l. 6. §. ult. §. ſuſpectus a. remotus. inſt. de ſuſp. tut. eſt n. abſurdum infamia coërceri eum, qui nihil turpe admiſit, ſed culpa tantum, ſolita negligentia, aut imperitia peccavit, quod etiam in hominem idoneum & frugi cadere poteſt. l. probrum. 42. de V. S. ub. Goed accuratè Don. 18. com. 8. Rectè igitur Accurſ. interpretans ſuperiorem clauſulam hanc conditionem adjecit. Utique lata culpâ non excuſat. l. 11. §. pen. eod. vid. lib. 2. c. 76.* *e d. l. 6. §. ult. l. 5. depoſ. §. 2. Inſt. de pœn. tem. lit. exceptio addita non propter actionem pro ſocio, quæ utrinque directa, ſed propter tres reliquas, quarum quadam directæ, quadam contrariæ. d. §. 2.*

cio dirimi *f* solet. Quid ergo? an reliquis bonæ fidei judiciis, puta emti venditi, locati conducti, commodati, actione pigneratitia ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa superiora nominatim exceperit notaveritque, haud dubiè in cæteris integram existimationē tueri voluit. Nec verò defuit prætori sua ratio, cur quatuor illa à cæteris segregaret: licet enim in omnibus, qui se malitiosè gerit, fidem ex æquo violat, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ, quod majoris est improbitas: nam quod de mandato non ex fide gesto ait *g* M. Tullius, eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem, id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ depositi, pro socio, pertinet.

Judiciorum criminalium hæc distinctio est, ut quædam publica sint, ut diximus, quædam non publica.

Publica sive quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt, omnia sunt *h* famosa. Quæ non sunt publica, aut sunt de iis delictis, quæ in judicio publico admissa sunt; aut nec publica, nec ad judicium publicum pertinentia. Prius genus & ipsum totum famosum esse species arguunt, calumnia, prævaricatio, tergiversatio; quæ omnia sunt hujusmodi, ut qui judicatus erit quid eorum in judicio publico fecisse, cum sequatur infamia, etiamsi publico judicio non *i* sit damnatus. Alterum de iis criminibus, quæ neque publica sunt, neque in publico judicio admissa, partim *k* famosum est, partim integræ existimationis. Famosum, si id crimen ex ea actione est, quæ etiam in civili judicio infamiam condemnato *l* importaret, veluti furti, injuriarum, expilatæ hæreditatis, sepul-

f d. §. ult. videlicet jure compensationis. per l. in rebus. 18. §. ult. commod.

g pro Rosc. Amer. add. Coras. 4 misc. 19. n. 6. Ant. Fab. 6. conj. 17. & ad d. l. 6. § 5 hoc tit. vid. & Don. eleganter hac de re differentem d. loc.

h nihil de hac parte cautum edicto 1 sed extat definitio in l. 7. ff. de publ. jud.

i l. 1. pr. h. tit. l. 6. §. 3. C. de decur. l. 1. C. ut intr. cert. temp. crim. qu. term. Iunct. l. 3. de prævar. l. 1. §. 1. ad Turpil. consule Freber. d. lib. 3. c. 6.

k Hujus generis etiam judicium militare, si quis ignominiæ causa ab exercitu dimissus est. d. l. 1. pr. sive exauctoratus, aut cui insignia militaria detracta. l. 2. §. ignominæ. eod. add. Pet. Fab. 1. sem. 17.

l d. l. 7. de pub. jud. Iunct. l. ult. de furt. l. ult. de injur. tit. de crim. exp. hered. l. 8. l. ult. de sep. viol. §. suspectus. a. remotus. inst. de susp. tut.

chri

chri violati, ſuſpecti tutoris accuſatio. Stellionatus crimen interdum famoſum eſt, interdum non eſt: de quo ex eadem regula ſic rectè definiemus: famoſum eſſe, ſi eo nomine agatur ex ea cauſa, quæ in judicio civili infamiam infligeret, finge de dolo tantùm eo nomine agi potuiſſe: non eſſe famoſum, ſi idem crimen admiſſum proponatur in iis contractibus, quorum actiones non ſunt *m* famoſæ. Cæterum in hoc genere infamiæ, quæ ſententia irrogatur, monendi ſumus non ſufficere ad infamiam, ut cauſa, quæ notetur, præceſſerit, atque ex ea ſuo nomine quis damnatus ſit, niſi damnatus ſit *n* ſententia judicis, non *o* arbitri, eaque definitiva, non *p* interlocutoria: denique cum effectu, ut ſententia vim ſuam obtineat, neque aut in integrum *q* reſtitutione, aut *r* appellatione infringatur.

m Atq; ita conciliand. l. 13 §. ult. h. tit. & l. 2 ſtellion. per ſe a. & natura ſua famoſum non eſt. l. 2. C. de crim. ſtell. l. 3. §. pen. ff. eod. tit. Ioan. Accurſ. in d. l. 13. Baro ibid.

Porro ſciendum eſt, totum hoc jus, etſi ut plurimùm ita ſe habeat, nonnunquam tamen mitigari poſſe, remiſſa à judice infamia. Remittere infamiam bifariam poteſt; majore pœna corporali, quam legitima eſt, irrogata ſemper, quaſi duriore ſententia *s* tranſactum ſit de exiſtimatione; mitiore inflicta interdum, nempe cum judex cauſa condemnationis

Duar. 1. diſp. 42. Cuiac. 10. obſ. 26. diſſ. Ant. Fab. 4. conj. 2.

n d. l. 4. §. 4. l. 19. h. tit. l. 7. de pub. jud. nō ſufficit delatio aut accuſatio: quamvis reus interim honores petere prohibetur. l. 7. de mun. & hon. nec carcer aut vincula notant. l. 1. C. h. tit. nec tortura. l. 14. C. eod. quia ut carcer non pœnæ, ſed cuſtodiæ cauſa. l. 8. §. ſolent. de pœn. ita quæſtio non pœna; ſed veritatis eruendæ cauſa inventa eſt. l. pen. de quæſt. Cuiac. in l. 216. de V. S. *o d. l. 13. §. ex compromiſſo. imò nec de actione famoſa ex delicto ad arbitrum iri poteſt. l. 32. §. 6. de rec. arb.* *p puta ſi per interlocutionem notavit. d. l. 13. § 6. & ib. gloſſ. quod verecundiam magis onerat, quam exiſtimationis maculam aſpergit. l. ob hæc. 20. ff. l. 17. l. 19. C. eod.* *q l. 1. §. pen. de poſtul. quod remedium appellationi eſſe ſimile declarat l. ſi ca. 32. C. de tranſact. nimis temere Ant. Fab. totum d. § pen. Triboniano adſcribit.* *r l. 6. §. 1. h. t. quia interpoſita appellatio judicatum extinguit. l. 1. in fin. ad Turp. Quid ſi prior ſententia confirmata, unde infamiam inchoabimus? ex tempore poſterioris ſententiæ. d. l. 6. §. 1. non n. duæ hic ſententiæ quæ per ſe valeant, ſed una confirmans. in qua tanquam pars includitur confirmata. Hinc notant pragmatici, condemnationem vires ſumere à confirmante, non à confirmato. Quod ſi ultro ceſſeris appellationi, retro infamis eris. d. l. 6.* *s l. 13. §. pœna. eod. l. 4. C. eod. l. 15 ff. ad mun. l. 5. de decur. l. 10. §. ult. de pœn. nec hujuſmodi ſententia expreſſè contra ll. quæ nulla. l. 16. de app. ſed contra jus partis, quod declarabimus lib. 4. c. 48. non obſtant l. non poterat. de furt. l. divus. de injur. loquuntur n. de judice, qui ſimpliciter furti & condamnavit: nec aliam pœnam addidit, quæ in locum infamiæ ſubſtituta videri poſſit. Corporalem a. ſubſtitui neceſſe eſt, ut reip. ſatisfiat. d. l. 13. §. pœna. vid. Sech. ad l. 3. & 4. C. h. tit. n. 7.*

non

non expressa eam pœnam damnato imposuit, quæ etiam in non famosos *t* cadere potest: quasi omissa causa delicti de facto pronunciasse videatur, tanquam admissum non esset, quod objicitur. Quod si aut prius de facto famoso pronunciaverit, aut etiam crimine pretermisso eam pœnam statuerit, quæ judicio famoso conveniat duntaxat, non poterit infamiæ pœnam mitiore sententia tollere, ne auctoritas juris, quæ in judicantis potestate non est, convellatur. *u*.

Cognovimus tandem secundum genus infamium, eorum videlicet, qui notantur sententia judicis ob eas causas, quas in eo genere complexi sumus. Ex conditionibus autem, quas in singulis causis adjecimus, observare licet, non uno modo in hoc genere infamiam posse declinari. In summa autem *x* tribus modis. Primò si quis judicio conventus curet, ut per procuratorem defendatur, quo fiet, ut & ipse notam infamiæ effugiat, quia procurator condemnabitur, nec tamen procurator notetur, quia condemnatur nomine *y* alieno. Secundò si det operam, ne ad sententiam condemnatoriam perveniatur, sive paciscatur cum adversario, quibus in *z* causis id facere licet: sive pecuniam, quanta petitur, actori ante litem contestatam offerat *a* obsignetque, quæ obsignatio pro solutione cedit; sive etiam judicio jam instituto idem faciat, quo quidem etsi statim non consequitur, ut obligatione liberetur, arbitrio tamen judicis res committitur, cujus officio convenit, si comperiatur integrum debitum oblatum esse, reum *b* absolvere: sive denique

t Finge tutorē suspectum postulatum & nominatim ob dolum, sententia judicis remotum, sed nō expressa causa remotionis, placet hunc integra fama tutela abire. l. 4. de susp. tut. & culpā hic potius accipi, ob quam etiam removeri potest. l. 3. §. fin. d. tit. quam datum; per l. Arrianus. de O. & A. Eadem plane ratio est act. pro soc. mand. tutelæ. Depositi a. damnatus semper infamis: quia nemo depositi damnari potest, nisi ob dolum. l. 1. §. ult. depos. Idē est in criminib. si pœna non arguat judicem crimen famosum notasse, ut si quis ob causam falsi ad tempus ordine motus l. 3. §. 1. de decur. *u l. ordine. 15. ad munic. ut si quis ad tempus relegatus sit. d. l. 3. pr. de dec.* *x septem refert VVes. par. h. tit. n. 9. sed ad hos & tres commode revocari possunt.* *y l. .C. de sent. & interl. Junct. l. 6. §. 2. ff. h. tit. add. Gail. 2. obs. 102.* *z in actionibus ... notis, quæ ex contractu. In his n. causis non tam turpis est pactio. l. 7. hoc tit.* *a Hæc cautio traditur in l. si reus. 73. de procur. quæ & in delictis locum habet. Gail. 2. obs. 103.* *b d. l. si reus. in fin. Junct. §. ult. inst. de perp. & temp. act. atque ita servari tradit VVesemb. par. C. h. tit. n. 9. licet ipse probet distinctionem Socini, quam ibidem refert: cujus tamen una pars aperte implicat contradictionem.*

post sententiam *c* appellatione interposita eaque adhuc pendente iisdem cautionibus utatur. Tertiò idem consequitur beneficio judicis, pœnam infamiæ iis, quibus diximus, modis remittentis.

Tertium genus est earum causarum, ex quibus non damnati solum, sed etiam pacti notantur. Ad hoc genus non pertinent ullæ actiones ex *d* contractibus proficiscentes, sed solùm crimina, ac ne hæc quidem omnia, sed ea tantum, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, quasi de his qui paciscitur, *e* confiteri crimen videatur. De capitali autem crimine transigere vel pacisci & sanguinem suum qualitercunque redimere sine metu infamiæ *f* licet. Cæterùm pactum accipere debemus non quemvis, sed eum qui sine jussu judicis pretio quantocunque adversario numerato hòc egit, ut ab accusatione discederet: jussu prætoris aut sine pretio paciscentem, jurantemve se non deliquisse, placet excusari. Infamia semel irrogata non abolefur, nisi aut princeps damnatum in integrum restituerit, aut prætor ex officio jurisdictionis suæ *h* subvenerit. Sola autem indulgentia principis delicti quidem veniam facit: sed infamiam criminis non *i* tollit. Effecta infamiæ initio hujus capitis notavimus.

c unde pulchram cautionem hic tradit Iaro, ut famoso judicio damnatus semper appellet, & appellatione oblata deinde per alium curet transigi cum adversario, ut is judicii instrumenta finat perpetuo cum tineis rixari.

d d. l. 7. h. tit. ubi ratio, conjuctorationis rationē hanc reddit Ant. Fab. ibid. quod qui paciscitur de contractu fatetur quidē se contraxisse at non violasse fidem, nisi fortè per consequentiam. secus in criminib. l. 4. in fin. & l. 5. eod.

e l. 1. d. l. 4. in fin. & l. seq. eod. ubi quæ ratio redditur, generalis est ad omnia hujusmodi crimina pertinens. Jac. l. 4. l. 29. de jur. fisc. l. ult. de præva. *f l. 1. de bon. eor. qui ant. sent. l. transigere. 18. c. de transact. ub. Don. Ant. Delrio n. 35. & seqq. add. Cenan. 4. com. 5. n. 2. Mynſ. 6. obſ. 22. Gail. 1. de pac. pub. 11. n. 21.* *g d. l. 6. §. 3. l. 18. C. h. t. d. l. 4. de jur fisc. Jussus a judicis justè excusat. l. non videtur. 167. §. 1. de R. I. VVes. par. n. 5. optimè Freiher. c. 8. n. 23. & seq.* *h l. 1. §. 9. & seq. de postul. l. 1. C. de sent. pass. VVes. in par. h. tit. n. 8. quandam etiam infamiam temporariam statuit, quod & innuit. l. 3. C. h. tit. item l. 1. C. de his qui in exil. dat. lib. 10. puta si ex delicto cujus pœna arbitraria est, nominatim infamiam judex imponat una cum correctione temporali, nam hujus pœnæ tempore elapsu una extinguitur infamia, ne accessorium diutius duret, quam principale. ita VVes. d. loc.* *i l. ult. C. de gen. abol. l. 7. C. de sent pass. nec est contraria. l. ult. §. ult. C. d. tit. vid. Pac. 2. qu. 17. Conf. Gail. 2. de pac. pub. 19. Freher. c. ult. n. 13. & seqq.*

CAP.

CAP. XXI.

De procuratoribus. Quibus in causis & qui procuratores defensoresve dari possunt.

QUæstionem de infamibus locus de postulando & advocatis ad se traxit. Advocatis finitimi sunt procuratores: quibus & ipsis in negotiis forensibus utimur, quorumque opera & usus sæpe etiam perquam necessarius, ut qui rebus suis superesse vel nolunt vel non possunt vel nō satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere vel k conveniri. Procurator in usu juris dicitur is, qui aliena negotia mandatu domini l administrat: nec is tantùm, qui administrat forensia & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra judicium, quales sunt hodie receptores nostri. Sed de hoc genere nunc nō quærimus: illi soli ad propositam tractationē pertinent, qui quod alienam litē procurant, procuratores ad lites vulgò appellantur. Quo nomine nos docendi causâ intelligi volumus omnes, qui alieno nomine agunt vel excipiunt, sive mandatu domini id faciant, sive necessitate muneris coacti, ut tutores, curatores, syndici, sive suamet m voluntate. Qui autem ad defendendum alium accedit, specialiter n defensor dicitur, qui alieno nomine agit, procurator, nomine generis ad speciem oppositā contracto. Ut autem ratione & via procedamus, quatuor hujus quæstionis partes statuimus. Prima ad adversarium pertinet, in qua quæritur, possitne invito adversario procurator constitui aut defensor intervenire. Secunda ad procuratorem, anne cogatur procurationem delatam suscipere; sin minùs, an non saltem in

k *Inst. de iis per quos ag. poss. l.1. §.2. h. tit. apud nos privati causam suam agere in foro non possunt, neque per se neq; per procuratorem in judicio, nisi selectis quibusdam procuratoribus forensibus negotium mandent. Excipe causas quæ procuratorem non admittunt, de quibus postea.*

l *Extat definitio in d.l.1. h. tit. quam benè explicat Duar.c.1.eod. eamq; etiam convenire procuratori in rem suam existimat VVes. par. eod. n. 3. quanquam nomine procuratoris hunc non venire in statutis vult Trentac. 2. pr. res. de proc. n. 2.*

m *Ad hos enim omnes edictum prętoris, licet de procuratoribus inscriptum, pertinet l. servum. 33. §. 3. hoc tit.*

n *In rubr. de procur. & defens. etiamsi mandatum habeant. l. 10. jud. solv. l. 12. C. h. tit. quamvis specialissime defensor eum denotat, qui sine mandato absentem defendit, præsertim cum procuratori opponitur. vid. Elb. Leon 1. emend. 15. 2.*

suscepta

suscepta perseverare debeat, atque ad finem litem persequi. Tertia ad dominum, possitne is procuratorem à se datum, præsertim jam litis contestatione dominũ effectum, pro arbitrio mutare. Quarta ad utrũque spectat, in qua quæritur, si procurator vincat aut succumbat, quatenus id factum utrique aut prosit aut noceat. Primum utilitatis publicæ causa contra summi *o* juris rationem, qua nemo cum alio, præsertim cum quo nihil contraxit, gerere quidquam invitus cogitur, receptum est, ut liceat etiam invito adversario procuratorem & ad agendum & ad actiones excipiẽdas *p* dare: verum hactenus tamen, quoad ejus sine fraude reip. & manifesto adversarii incommodo fiat. Ac proinde quinque hic observanda, quibus tanquam finibus quibusdam hæc dandi procuratoris potestas determinata est; causa, de qua agitur; persona procuratoris; mandatum domini; aut mandati loco cautiones; item numerus procuratorum.

Causa aut civilis est, aut criminalis. In civili causa aut pecuniaria, si modo de privato cujusque damno aut commodo agatur, procurator utrinque rectè *q* intervenit. Una causa excepta est, interdictũ seu actio in factum de liberis *r* exhibendis, quæ per procuratorem agi non potest, nisi *s* causa cognita. In cæteris hujus generis hæc causio, nisi præsentia domini necessaria sit, puta si de jurejurando à litigatore præstando agatur, aut aliter res haud facile *t* expediri

o Nec ullos procuratores fuisse jure 12. Tab. probat Hotom. in pr. inst. per quos ag. ex loco Agellii 20. noct. Att. 1.

p Propterea quod non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat. d. pr. inst. per quos ag.

q l. 26. alias ult. C. hoc tit. nec interest ea causa privata sit, an popularis. l. 42 pr. ff. eod. Cæterum si de privato actoris damno non agatur, quales sunt popular. actiones, de quibus in l. 5 §. hac a. & §. ult. de his qui dei. vel effud. in his placet actorem procuratorem dare non posse, quia dominus non est. l. pen. §. 1. de pop. act. reum posse, cujus causa semper propria. l. 5. d. tit. d. l. 42. pr. ub. Ant. Fab. *r Ducendis vel. Pompon. 40. ff. hoc t. Quod a; quidam ex hoc loco colligunt, in petitione arresti requiri speciale mandatum, id non admittit. Peck. de jur. sist. c. 3. n. 4. nisi forte debitor ea dignitate præditus, ut ipse creditor præsumatur eum non arrestaturus. arg. l. non solum. 39. §. fin. h. tit.* *s Id est, nisi nominatim procuratori mandatum sit, & pater valetudine vel alia justa causa impediatur. d. l. 40. nec n. temere ejus rei petitio, quæ libertatem civis Ro. quodammodo minuit, alii permittenda, quam patri. V. Vesf. d. loc. n. 5. in fin.* *t d. l. ult. C. h. tit. unde vulgò inferunt in causis arduis & gravioribus procuratorem non admitti: quia criminalibus æquiparantur. Sed error est: non n. respuunt procuratorem, sed speciale mandatum requirunt.*

pediri possit. Causæ criminales sive publici judicii sint sive privati, sive capitales sive non capitales, procuratorem à parte actoris intervenire penitus non sinunt: idque non tantùm ratione causæ, quæ id circo procuratorem non admittit, quia in his qui agit, in crimen x subscribere debet, pœnamque talionis ob calumniam subire: sed etiam conditione personæ accusatoris, quia non est dominus litis, ut qui non de re privata agat, sed vindictam criminis persequatur, rem ad y publicum exemplum pertinentem. Solis viris illustribus concessum, unum injuriarum crimen per procuratorem z persequi. De reo major quæstio, atque ut ego arbitror, digna, quæ non in transitu tractaretur, si id ratio pateretur instituti operis. Dicam ergò breviter & distincte, quid a sentiam. Primùm referre existimo, utrum causa criminalis privati judicii sit, an publici: deinde etiam, sitne præsens reus, an absents, cujus copia haberi nequeat. In crimine privati judicii, si pœnam tantùm pecuniariam continet, quamvis ignominia b sequatur, defensor etiam à præsente reo admittitur. Sin autem causa sit, non pecuniaria, sed capitalis (publici judicii sit, an privati hic non refert) per procuratorem præsentis aut cujus copia haberi potest, excipere nullo modo c licet. Sed etsi causa non sit quidem pecuniaria, sed ea, ex qua d levior pœna capitali est, adhuc dicendum est, non licere per alium à præsente

u l. 1. ne per al ca. app. l. pen. §. ult. de pub. jud. l. ult. C. de injur. c. abjens 18. ca. 3. qu. 9. c. in criminibus. ca. 5. q. 3. de accus. add. Duar. hoc tit. c. 6. Farinac. qu. crim. 96. n. 3.

x l. ult. C. de accus. l. 3. ff. ad Turp. l. ult. de furt. quæ in crimē subscriptio & retaliatio jā abiit in desuetudinem. Covar. 9. pr. resf. 9. n. 1. ut & libertas accusationū: universumq; accusandi munus publicæ personæ demandatum est, quod ad retinendam civium concordiam longe utilius esse judicat Contarenus.

y l. locatio. §. quod illicitè de publican. eaque ratio adhuc manet. Erit igitur superiori regulæ locus, etiamsi pœna relegatione minor sit, aut pecuniaria. Duar. & Farin. d. loc. quamvis contraria sententia receptior, quod in his inscriptio non sit necessaria l. ult. de priv. del. Menoc. arb. 80. n. 9. Et quia in totum necessaria non est, procuratorem indistinctè à parte actoris admitti tradit Iul. Clar. prac. crim. 32. n. 23. Adde quod hodie accusatores personæ publicæ. z *In cæteris a. & ipsi morem judiciorū servare debent, & per se litem sustinere, d. l. ult. C. de injur. l. 15. C. de accus.* a *Quid hic communiter probatū & usu forensi receptum docet Clar. d. loc. ferè per tot. add. Farin. d. q. 99. Gail. 1. de pac. pub 10. Menoch d. q. 80.* b *hoc est, quamvis reus, si ipse judicium subiret, infamia notaretur. d. l. 1. an per al. ca. ap. ut executio in defensorē fiat salva ejus fama. Quod si speciale aliquod genus infamiæ cū nota quadā aut signo externo irrogandū, frustra defensor intervenit Menoch. d. loc.* c *d. l. 1. an per al. ca. app. ne reus se subducendo judiciū reddat elusoriū Sed & ad eruendā veritatē plurimū valet rei præsentia. l. 10. §. penult. de pœn.* d *qualis est relegatio, d. l. 1. quā legem tamen vulg. DD. exaudiunt de pœnis relegatione graviorib.*

ſente *e* excipi. In uno crimine injuriarum exemtæ perſonæ *f* illuſtres, hac lege, ut ipſi rei convicti condemnentur, non eorum procuratores. Ad crimen judicii publici defendendum, qualecunque id ſit, fruſtra procurator *g* intervenit.

Quod ſi reus abſit, neque copia ejus haberi poſſit, ſi quidē abſens damnari nequit, puta ſi cauſa graviorem relegatione coercitionem habeat, ne ſic quidem per procuratorē defendi *h* poteſt: ſed annotari debet inter reos, quaſi perſequendus & requirendus, edictiſque adeſſe juberi, bonis ejus, quæ interim obſignantur, fiſco vindicandis, ſi intra annum non *i* venerit: ſolùm excuſationes abſentiæ allegari poſſunt, & ſi juſtam rationem habeant, *k* ſententia differtur.

Ubicunque a. abſens quis damnari poteſt, ibi etiam quemvis pro eo verba facientem & innocentiam excuſantem audiri æquum eſt, idque & leges publicorum judiciorum *l* permittunt: Damnari autem abſentes poſſunt non tantùm in pecuniariis pænis, iiſque quæ exiſtimationem tangunt, ſi ſæpius admoniti per contumaciam *m* deſint: verum etiam in capitalibus, cognitione inter reum & accuſatorem ſuſcepta, id eſt, ſi accuſatus, poſtquam ſemel præſens inter reos receptus eſt abeſſe *n* cœperit. Quò nimirum pertinet, ni fallor, quod apud Ulpianum legitur, etiam in capitalibus defenſionem dari, & publicè utile eſſe abſentes à quibuſcunque defendi. *o*

In poteſtate dandi procuratoris etiam perſona dati ſpectanda eſt: quidam enim procuratores eſſe prohibentur.

e d. l. 1. per l. ult. C. de injur. Junct. l. ult. ff. eod. Fachin. 1. contr. 26. in publico judicio id etiam Menochi concedit: in privato a. procuratorem hic admittendum putat. d. q. 80. n. 132. *f d. l. ult. C. de injur. imò & per alium litigare coguntur. l. 25. C. h. tit. ubi Sichard.* *g l. pen. §. 1. de pub. jud. a Menoch. d. loc. Duar. d. c. 6. receptior tamen eſt contraria ſententia. Farin. d. q. 99. n. 76. Fachin. 1. conſ. 25.* *h l. 5. pr. de pœn. l. 1. pr. de req. reis. per d. l. pen. §. 1. in verb. fruſtra intervenit; quæ nō aliis conveniunt, quam qui abſentes damnari aut accuſari nequeunt: defenſio n. præſupponit accuſationem. Vult 1. diſc. 11.* *i vid. tit. ff. & C. de req. reis. l. 4. §. 5. de re mil. Cuiac. 20. obſ. 11. Pet. Greg 32. ſynt. 24. n. 11.* *k d. l. pen. §. 1. ſententia, inquam, non definitiva, qua pœna delicto ſtatuatur, ſed annotationis inter reos, & quæ eam conſequi ſolet, confiſcationis bonorū, per allegata.* *l verba ſunt Ulp. in l. 33. §. 2. h. tit. & Alexandri Imp. in l. 3. C. de accuſ. quæ certe coanguſtari non debent ad ſolā cauſarū abſentiæ allegationē. Cuiac. obſ. 20. c. 20. Vult. d. loc.* *m In quo uſq; ad relegationē procedi poteſt. d. l. 5. in fin. pr. nēpe incluſive, ut ibi notat Gloſſ.* *n l. 13. C. de adult. l. 10. ff. de pub. jud. Cuiac. d. obſ. c. 11. 20. & ſeq. tum n. ex vetuſto more Ro. reum peragi potuiſſe liquet ex Cic. pro Cluent. & 3. Verr. Pet. Fab. ad l. 59. de R. I.* *o d. l. 33. §. 2. h. tit. atque hinc explicandi ſunt textus, qui ſimpliciter negant abſentem damnari poſſe.*

bentur. Eorum duo genera. Primum eorum, qui conditione personæ à procuratione alienæ litis arcētur ob honestatem aut disciplinam publicam, quo in genere sunt hi p tres; servus, miles; fœmina, excepto eo, quod fœminis pietatis & officii causa pro parentibus agere interdū permittitur, si fortè parentes morbus aut ætas impediat, nec quemquam, qui agat, q habeant. Præterea & in militibus & in fœminis prohibitio sic accipienda est, si procurationem alieno nomine & in rem ejus, cujus nomine experiuntur, suscipiant. Diversum est, si procuratores fiant in rem suam & mandatas sibi ex honesta causa actiones ipsi exercere r velint: quod qui facit, suum magis negotium, quam alienum gerere s intelligitur. Secundum genus adversarium respiciens est eorum, qui idcirco procuratores esse prohibentur, ne adversario fiat injuria. Nam cum multa sint, quæ ab eo, qui officio procuratoris idoneè fungi velit, adversario præstari oportet, atque in summa hæc quinque ut ad causam accedat contendendi non opprimendi adversarii causa; ut judicio semper possit adesse; ut in ea causa sit, ut judicium suscipere cogatur; ut litem tractare norit; postremo ut cautiones procuratorias præstet: totidem quoque sunt arcendi causæ atque ordines eorum, qui repelli possunt. In primo ordine sunt potentiores, ne qui opibus & gratia pollent, objecti tenuiori adversario, aut vi contra jus grassentur & adversarium iniqua concertatione t terreant, aut importunis intercessionibus eum opprimant. In hoc ordine & remp. & u fiscum collocabimus privatam procurationem contra privatum suscipientes: sed hoc

p l. servus. C. de jud. l. neque 54. ff. h. tit. l. 2. de R. I. l. alienam. l. maritus. l. 7. l. 9. C. l. 8. §. 2. ff. h. tit.

q l. fœminas. 41. h. tit. cur id ad liberos & maritum non liceat extendere? Excepta quoque causa liberalis pro personis necessariis. l. 35. §. 2. de lib. ca. ad l. Gail. 1. obs. 133. n. 9.

r l. 4. l. 3. C. h. tit. Idem est, si causam communem agant. l. 8. §. 2. ff. eod. Honestā a. causam intellige, quæ litis redemtionē non habet l. 7. C. eod. ut si actio donata, legata, in solutum data &c.

s Subtilitate juris mandatæ actiones huic procuratori alienæ sunt, quia ex persona mandantis exercentur, quo solo respectu etiam procurator dicitur. l 2. § ult. fam. erc. l. 55. h. tit. re vera a. emolumento & exitu dominus est. l. 25. in fin h tit. junct. l 1. §. in propria. quand. app.

t Vid. tit C. ne lic. pot. patrocin. præst. & ib. Cuiac. in par. potentiorem a. non tam respectu divitiarum aut existimationis, quam ratione muneris publici, quod metum adversario incutiat, dici volunt Azo in summa ibid. n. 1. & Sichard. eod.

u Quamvis prætextu debiti causam suscipiant. l. 3. & tot. tit. C. ne fisc. vel resp. patroc.

inter-

interest, quod hic nulla pœna *x* constituta sit: cùm cæteri, qui fraudem huic rei fecerint, potentiorũ patrocinium advocando, jactura litis *y* afficiantur, in procuratores procurationem suscipientes severè *z* animadvertatur. Secundo ordine continentur, qui perpetuo morbo laborant, quive reip. causa *a* absuturi sunt, item rei criminis *b* constituti. Tertius ordo habet magistratus, aut magistratum *c* inituros. In quarto sunt *d* muti, surdi, pupilli, furiosi, prodigi. Postremus ordo est minorum 25. annis, qui ab adversario rejici *e* possunt in iis causis, ex quibus læsi in integrum restituuntur, veluti si cautio judicatum solvi aut de rato præstanda sit, aut item minoris, qui & ipse in integrum restitui potest, causam *f* suscipiant. Illud hic monendum, ea, quæ de suprascriptis personis à procuratione aut defensione arcendis diximus, cum hac moderatione accipienda esse, si initio litis rejiciantur opposita exceptione *g* procuratoria: post litem contestatam nemo facilè, qui civis sit, repellitur: nisi fortè & ipsa naturâ satis arceatur. *h*

x Credo, quod satis fuit, hic amovere gratia & potentia metum. y l. 1. & 2. C. ne lic. pot. non ipso jure & mero judicis officio, sed ad petitionẽ partis, cujus cõmodo pœna cedit, nõ fisci. Sich. ad d. l. 1. n. 10. & seq. z Pœnâ arbitrariâ, pro varietate circumstantiarum, quæ notantur in l. aut facta. pr. de pœn. ita azo & Sich. d. loc. n. 12. & seq. & comm. DD. arg. l. 1. §. 1. in fin. de effract.

a *Quia litem persequi non tenerentur. l. neque 54. ff. h. tit.* b *Antequam purgent innocentiã suam. l. 6. C. h. tit. cum metus sit ne fugiant, aut præsentes in carcerem conjiciantur, quem metum adimi oportet adversario.* c *d. l. 54. l. pars. 48. de jud. hi propter dignitatem & occupationes etiam ad præcedentem ordinem referri possunt.* d *l. mutus. 43. pr. h. tit. de furioso text. in l. 2. §. 1. eod. prodigi eadem ratio.* e *l. minor. 51. ff. l. 12. C. eod. DD. vulgo minorem 25. annis simpliciter removent. Sich. ad d. l. 12 n. 10 Duar. hic c. 4. vid. c. 18. sup. lit. o.* f *Ubi a. nulla minoris læsio metuitur, nec ullum periculum est fore, ut judicium reddatur elusorium, v. c. si pro majore defensor interveniat cum mandato qui & pro ea satisdet jud. solvi, non videtur juste recusari posse, arg. l. 23. circa fin. de min.* g *quæ conditio est omniũ exceptionum dilatoriarũ. l. pen. & ult. C. de except. l. 40. in fin. ff. h. tit. nec exceptio omissa in primo judicio opponi potest in judicio appell. l. 13. C. h. tit. & 16. Sich. n. 12.* h *Quis enim dicat, non objectâ exceptione pupillo, furioso &c. judicium consistere.*

CAP. XXII.

Quando, cujus & quali mandato opus ei, qui alieno nomine agere aut excipere volet.

Tertium in potestate dandi procuratoris considerandum, est mandatum. De eo duplex quæstio; an semper & quatenus mandato opus sit; deinde

de cujus id mandatum & quale esse oporteat. Ad primum quod attinet, alia causa habita est defensoris, alia ejus, qui actionem alieno nomine movet. Etenim si causa non obstabit aut personæ conditio, nemo defensor idcirco solùm rejicitur, quod mandatum non habeat. Quin potius publice utile esse existimatur *i* absentes defendi, ne scilicet in ea damna & pericula indefensi incidant, quæ absentium fortunis imminent. Excepta est causa *k* famæ, quæ non temere cujus sine mandato defensionem suscipienti committenda fuit, ne fortasse male agendo lædatur absentis *l* existimatio: Cæterum si prætor quamvis absente reo *m* cogniturus sit, defensor etiam sine mandato audiri debet. De procuratore actoris, paucis personis & causis exceptis, sic jus est: invito adversario neminem alieno nomine sine *n* mandato agere posse, quantumvis paratum ultro *o* cavere de rato, fatentem tamen nullum mandatum intervenisse. Sin autem de mandato controversia sit, isque qui alieno nomine experiri cupit, affirmet se mandatum habere, placuit in re incerta eum, qui hoc dicit, etsi de mandato plene non probet, cum cautione *p* admittendum, rem ratam dominum habiturũ, qua cautione cum abunde reo consulatur, utile visum altius rem indagare. Enimvero admissus si quo casu postea falsus procurator inveniatur, judicium *q* nullum est,

i l. servum. 31. §. publicè. hoc tit. l. 1. de neg gest. l. sivendo. eod. l. 23. de solut.

k Cujus generis exemplũ proponitur suspecti tutoris accusatio. l. 39. §. ult. h. tit ratio adjecta, quia famæ causa est, generalis est.

l arg. l. 2. de obseq. par. & pat. VVes. par. n. 5. & Bronch. 1 ass. 55. distinguunt, ut si pœna certa relegatione levior hîc cõstituta sit, procurator admittatur, sin arbitraria, non item: quia hac extendi potest ad pœnam corporis, sed male: quia tum nec qui speciale mandatum habet, auditur. vid. cap. præced. q. dd. Menoch. d. q. 80. n. 12. & Farinac. d. q. 99 n. 41.

m d. l. 39. §. ult. eo quod edictis evocatus copiam sui non fecerit. l. 7. §. ult. de susp. tut.

n l. 5. §. pen. de prEs verb. junct. lib. § ult. de neg. gest.

o l. 40. §. ult. ff. l. 1. C. h tit. neque obstat, quod hac conditione admittitur defensor nam multum interest, utrum quem judicio oppugnes, an pulsatum defendas.

p l. 1. C. h. tit. ubi rem dubiã interpretor ex usu forensi, si qui alieno nomine agere vult, saltem aliquam de voluntate domini fidem faciat, unde tamen levior præsumptio, quam ut citra cautionẽ admitti debeat: neque n. putaverim nudam sufficere affirmationẽ. VVes. par. h. tit. n. 6. tradens plerosque ita sentire.

q l. licet. 24. C. h. t. & ideo in quacumque parte litis exceptio falsi procuratoris objici potest: nam regula de dilatoriis initio opponendis fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut vitiet & nullos reddat omnes actus judicii; cujusmodi hæc est, item incompet. judicis; male concepti libelli, &c. quibus oppositis & probatis, perinde habetur, ac si nulla litis contestatio facta fuisset. Sich. ad. d. l. 24. n. 2. & seq. Gail. 1. obs. 47. n. 2.

quasi

quasi deficiente una ex tribus iis personis, quæ ad judicii constitutionem necessario requiruntur. Una certe causa est, quæ evidentem absentis voluntatem desiderat, idque propter periculum *r* æris alieni, si procurator heredis fideicommissarii heredem institutum compellere velit ex SC. hereditatem adire. Cæterum jus illud remissum tum in personis quibusdam, tum in causis. Personæ ad agendum sine mandato admissæ *s* sex; parens pro liberis; liberi pro parentibus; fratres pro fratribus & sororibus; affines pro *t* affinibus; *u* maritus pro uxore; libertus pro patrono: modo *x* caveant ratam rem habituros eos, pro quibus interveniunt, & ne voluntas eorum *y* aperte repugnet. Causæ duæ, negotium commune plurium consortium ejusdem litis, si eorum quis abesse *z* ceperit, dum cæteri rem ratam habiturum cavere parati sint, & si quid ab eo petatur, judicatum solvi satisdent: altera si quis cum alieno nomine in possessione †, esset alicujus rei, inde vi dejiciatur, cui concessum etiam sine ulla cautione interdictio unde vi alieno nomine experiri.

Ubi mandato opus sit cognovimus: cujus hic mandatum & quale requiratur, porro quærendum. Duo sunt omnino, qui actiones rectè mandant; lex; & dominus litis. Lex tutoribus & *a* curatoribus mandare intelligitur actiones pupillorum & adolescentum, exigente id eorum utilitate. Dominus litis est,

r Id est, quod Paul. ait propter fragilitatem cautionis, l. qui ita. 66. §. 1. ad Trebell. *s* l. sed & hæ. 35. pr. ff. l. 21. C. eod. præsumitur a. hic tacitũ mandatum ex cõjunctione & affectione personarum. Cæterum si recte Sichard. ad l. 12. C. eod. n. 14. necesse est, ut tanquã conjuncti interveniant, nã si ut procuratores mãdatum exigi poterit, ut hic animadverti oporteat formam comparitionis. *t* Proximos significari crediderim: nam nec in sanguine junctis ultra fratres ulla mentio, quamvis vulgo id admittunt usque ad in grad. quousque porrigi creditur successio. Sich. ad l. 12. n. 6. *u* l. 21. C. h. tit. nempe si agat de receptitiis. nam paraphernalium legitimus est administrator. l. ult. C. de pact. conv. De re dotali a. nec procuratorio nomine agere potest, quia ipse ejus rei dominus; maxime quoad movendas actiones. l. 9. C. de rei vind. ita Sich. in l. 2. C. h. tit. Mynf. 1, obf. 53. Gail. 1. obf. 133. n. 7. *x* d. l. 40. §. ult. l. 35. pr. h. tit. de qua cautione plura cap. seq. *y* d. l 40. §. ult. repugnare etiam tunc videtur, cum de certa re exigenda specialiter mandatum intervenit, & predictæ personæ de alia agunt. d. l. 21. C. eod. *z* Post litem ordinatam. l. ult. c. de conf. ejusf. lit. quæ verba de litis præparatoriis intelligit Cujac. par. d. tit. alii fere de lite contestata. Sichard. Covar. 1. var. ref. 6. n. 6. Pac. 2. enant. q. 44. † Ut colonus, inquilinus, hospes. l. 1. C. si per vim vel al. mod. *a* Qua de causa nec ab his exigitur cautio de rato, l. 1. §. ult. l. vulgo, 23. de adm. tut.

ad quem commodum & incommodum litis *b* suo nomine pertinet, sive is privatus est, sive *c* universitas, ut civitates, municipia, collegia. Et collegia quidem aliaque minora corpora ipsa sibi actorem constituere possunt, qui nomine communis areæ aut *d* agat aut conveniatur. In civitatibus autem cessante lege solet ordo decurionum actores constituere aut etiam syndicos, sic ubi ex constitutione *e* habentur. Post litem autem contestatam dominus intelligitur is, qui litem contestatus est, quamvis initio alieno nomine agere *f* cœpit, ut procuratores omnes, tutores, actores, syndici. Nam cum litiscontestatione nova contrahatur *g* obligatio judicati, fit, ut & qui agit, sibi eam obligationem acquirat, & qui conveniatur eâdem se obstringat, in summa rei, quæ in judicium deducta est, domini fiant & habeantur: ut jam soli negotium porrò persequi possint, aut in alium litem transferre, & solum, quod in judicio fit, his agentibus & præsentibus ratum *h* habeatur atque hoc quidem efficit juris civilis *i* subtilitas.

Cæterum sciendum est, vi ipsâ omne commodum & incommodum litis eum semper sequi, cujus nomine agi ceptum est, finitoque judicio utilibus actionibus ad eum *k* redire. Mandatum tale esse debet, ut contineat *l* causam, de qua agitur. Id ex verbis

b l. 1. §. in propria ff. qu. app. hunc a. maxime procuratorem rectè dare text. est in l. 24. C. h. Est quidem tutorib. & curatorib. cōcessum, si pupillus absit aut fari nequeat, actorem cōstituere. sed non nisi suo periculo, & auctoritate magistratus causâ quâ cognitâ. l. decreto. de adm. tut. §. ult. Inst. de curat.

c tit. ff. quod cuij. univ. nom.

d in quo omnes consentire debent. l. 1. § 2. l. 2. d. tit. & arg. c. quod omnes. de R. I. in 6.

e l. 3. d. tit. hoc ideo, quia difficile & in re, quæ singulos principaliter non tangit, non necessarium universos convocare.

f l. 11. l. 22. & seq. C. h. tit. l. 11. de d. l. exc. Sed etsi post lit. contest. datus, æque tamen dominum litis fieri affirmat Sichard. ad l. 20. C. eod. quod tum demum admittit Bapt. asin. prax. jud. §. 2. c. 13. n. 28. si ei dominus simul instantiam cesserit. Quid si causa litis contestationem non requirat? vid. Trentac. pr. res. 2. h tit. *g l. 3. §. idem scribit. de pecul. & præcedens obligatio jure novationis perimatur. l. ult. C. de us. rei jud.* *h l. 22 C. h. tit. l. un. C. de satisd. l. 1. C. sent. & int. Post litem igitur contest. ad actus judicii reliquos solus citandus procurator non etiam principalis. Sich. in d. l. 22. n. 7.* *i Quam subtilitatem in plerisque negligunt Canonistæ, ut notat Sichard. in d. l. 1. C. de sent. & int. n. 6. & in Camera d. l. 1. non servari testatur Gail. 2. obs. 102. n. 7. Myns. 6. obs. 11. nec hodierni procuratores ullo tempore veri litis domini fiunt, sed nudi semper administri & vicarii manent: unde nec ipsi condemnantur sed domini.* *k Qua ratione etiam pendente lite procuratorem mutare potest: quamvis non nisi ex causa. vid. C. 26. infr.* *l Instrumentum procuratorium continere debet nomen constituentis & constituti; item contra quem, in qua causa, coram quo judice ad quos actus procurator eligatur. VVes. par. n. 7. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. c. 2. sed de causa tantum aliquid addere voluimus, quia cætera omnium procurationum communia.*

& men-

& mente mandatoris apparebit. Mandatum omne aut ſpeciale, aut generale. Speciale eam tantum cauſam continet, quæ verbis *m* expreſſa eſt, cæteras removet: ſed tamen ex ſententia mandantis excipimus eas, ſine quibus mandata actio exerceri non poteſt, veluti ſi ad rem mobilem vindicandam datum ſit, ad exhibendum rectè *n* agetur. Generale mandatum verbis omnem adminiſtrationem *o* continet: ſed ex ſententia quædam cauſæ & perſonæ excipiuntur, in quibus mandatum ſpeciale deſideratur: cujuſmodi cauſæ ſunt, interdictum de Liberis exhibendis, omnis cauſa famæ, & reſtitutio in *p* integrum. In perſonis mandato generali duobus procuratoribus omnium negotiorum conſtitutis non continetur, qui ex his debitor eſt mandatoris. *q*

m ut ſi ex. gr. alicui mandatum ſit de mutua pecunia à Titio exigenda. Tale n. mandatū non tantum alias cauſas non continet, ſed etiam removet. l. 21. C. h. tit. Poteſt a. ſpecialis procurator dupliciter conſtitui. 1. ad unam quidem cauſam, ſed totam. 2. ad unius cauſæ actum unum vel plures, ſed non omnes. l. 2. §. 1. C. de his qui ven. at. l. 4. C. mand. Sed hodie non ſolet dari niſi ad totam litem. Gail. 1. obſ. 51. n. 11. mynſ. 1. obſ. 46.   *n Et generaliter conſtitutus ad proſequendum judicium petitorium videtur etiam conſtitutus ad exercenda præparatoria & poſſeſſoria. l. ad rem. 56. l. ad legatum. 62. ff. h. tit. VVeſ. par. n. 9.*   *o ſolent autem præcipui actus ex primi. VVeſ. d. loc. n. 7. Merul. d. loc. c. 3.*   *p l. 39. §. ult. l. 40. pr. h. t. l. 25. §. ult. de min. ſunt & aliæ cauſæ ſimiles de quibus Merul. d. loc. c. 4. VVeſ. ibid. cæterum quibuſdam harum expreſſis ſubjecta clauſula generalis ad non expreſſas extenditur. c. 4 h. tit. in 6.*   *q l. qui propria. 46. & 2. ll. ſeqq. h. tit.*

CAP. XXIII.

Quæ præſtationes à procuratore & defenſore alienæ litis exigantur: & de vi harum præſtationum.

ENimverò neque mandatum domini, neque defenſionis æquitas ſine mandato admiſſæ id præſtant procuratori aut defenſori, ut ne adverſarius, de indemnitate ſua ſolicitus, exigere ab his poſſit cautiones aliquas ſibi eo nomine præſtari: ſed quo lis ſine injuria procederet, uſu adverſarii exigente utrique præſtationes quædam injunctæ ſunt. Procuratori incumbunt duæ, ut eum, cujus nomine actionem ſibi dari poſtulabit, boni viri arbitratu defendat; item ut ſatiſdet eum, ad quem ea res pertinet, ratam

rem *r* habiturum. Quæ qualia sint, quando præstanda, præstita quam vim habeant, videamus. Defendere est eandem vicem subire, quam dominus cogeretur, si quid vice mutuâ ab eo reus *s* peteret. In boni viri arbitratu tria hæc insunt; ut caveat dolum malum abesse; ut defendat cum effectu; ut harum rerum nomine idoneè caveat datis fidejussoribus judicatum *t* solvi. Vice versâ idem arbitratus duo hæc præstat procuratori; ut domini exceptionibus omnibus ei uti *u* liceat; tum ut apud eundem judicem, si quid vicissim petatur, debeat *x* conveniri. Præstare hanc cautionem debet, quicunque alieno nomine actionem sibi dare postulat, aut ea, quæ instar actionis obtinent, cujusmodi sunt præjudicia, interdicta, *y* stipulationes prætoriæ. In hoc autem numero sunt non tantum procurator, qui propriè ita dicitur, sed etiam tutor curator, actor, *z* syndicus, quamvis tutores & curatores satisdatione non onerentur. Sed etsi quis in rem suam procurator interveniat, ad huc dicendum est, eum defendere debere, etsi exitu inspecto commodum actionis ad agentem redeat, ne in potestate sit domini alio actore substituto facultatem sui mutuò conveniendi reo *a* adimere. Utique tamen si ex necessitate in rem suam intervenerit, id est, si in periculum veniret rei suæ amittendæ, nisi actiones sibi mandatas acciperet, necessitas debet esse *b* excusata. Planè qui utilibus actionibus & suo nomine *c* experitur, ad hoc edictum non *d* pertinet. Reliqui verò

r comprehẽsa hæc duo nominatim edicto prætoris, cujus fragmentum extat. in l. 33. §. 3. h. tit. s quitas in eo, ne per procuratorem conditio adversarii deterior fiat, quã futura esset, si dominus ipse experiretur. t l. sed & hæ. 35. §. defendere. l. 39. pr. l. 51. §. 1. h. tit. t in quo durior conditio procuratoris, quã domini. d. l. 35. §. defendere junct. l. 1. & l. 7. de præt. stip. u etiam personalibus exemplum in d. l. 51. §. 1. l. 13. & seq. sol. matr. in quo defensoris conditio melior, quã heredis. aut fidejussoris. l. 12. sol. matr. l. 7. §. 1. de except. add. Ant. Fab. in d. l. 51. §. 1.

x d. l. 35. §. 2. nam & domino agente idem fieret, si mutuo conveniretur. l qui non cogitur. de jud. vid. sup. c. 11. *y d. l. 35. §. 1. l. 40. §. 1. h. tit. etiam actiones, quæ in heredem non dantur. l. 37. eod. item interrogationes. l. 39. pr. eod. quippe quæ actionum præparatoria sunt, & inde novæ nascuntur actiones, quæ dicuntur interrogatoriæ. Ant. Fab. in d. l. 39.* *z l. 6. §. 3. quod cui un. l. ult. §. 3. C. de adm. tut.* *a l. 33. §. ult. h. tit. in cæteris. a. causis omnibus hîc procurator pro domino litis habetur: quia id fit sine adversarii injuria.* *b d. l. 33. §. ult. ne quod nolit & ei noceat, cogatur suscipere. neq; hoc novum est. l. 7. §. 1. qui satisd. cog.* *c nam procurator in rem suam factus, cui actio emta, donata, legata est, præter directas actiones etiam utiles habet, easq; ex persona sua & suo nomine. l. 55. h. tit. l. 18. C. de legat. l. 5. l. 8. C de her. vel. act. vend.* *d proinde nec defendere cogitur, idq; omnes fateri, tametsi lucrativam causam habeat, tradit Ant. Fab. 12. Conj. 10. solo Castrens. excepto.*

omnes

omnes in tantum coguntur defensionem suscipere, ut nec præcedens cautio non defendentes eximat à pœna omnibus non defendentibus constituta, quæ est actionis *e* denegatio. Novissimè sciendum est, omnem hanc defensionem in exordio litis à reo postulandam esse, post cœptum autem judicium frustra postulari. *f*

Altera præstatio, quæ à procuratore exigitur, est cautio ratihabitionis, quæ hoc continet, ut is ei, quo nomine agit, id ratum habiturum eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu *g* satisdet, id est, ubi ea cautio reo necessaria est. Toties autem necessaria est, quoties periculum est, ne dominus iterum *h* agat. Metuitur id periculum duobus modis: si constet procuratori nihil mandatum esse, finge id eum ultrò fateri: si mandatum incertum sit, ut procurator quidem dicat sibi mandatum esse, sed reo desiderante non probet. Prius ad hunc locum non pertinet, cum is, qui fatetur, se mandatum non habere, ne cum satisdatione quidem admittatur, nisi admodum *i* rarò. Tunc solum exigitur hæc cautio, quando mandatum *k* incertum est, seu cum dubitatur de persona ejus, qui alieno nomine agit, sit ne verè procurator, tutor, actor, syndicus, quæ incertitudo tantum est in posteriore. Quoties verò aut instrumentis actisve publicis aut quo alio genere probationis de mandato apertè constare potest, toties procurator satisdatione relevatur, sicut & cæteri, quos tales esse non *l* ambigitur. Unus exceptus est actor à tutore aut curatore decreto præ-

e l. mutuo. §. pœn. ff. l. actionem. C. h. tit. junct. l. 35. §. ult. ff. eod.

f l. un. C. de satisd. est n. hæc postulatio exceptio quædam procuratoria: proinde in lite contestanda omissa repeti nequit. l. pen. & ult. C. de except.

g verba sunt edicti. d. l. 33. §. 3. is, quo nomine agitur, est is, qui in causa est, cur agatur. is, ad quẽ ea res pertinet, est dominus litis. l. non solum. 39. §. quæritur. h. tit.

h pr. Inst. de satisd. ubi a. nullum tale periculum, nõ debet superflua cautione onerari. l. 14. §. 1. ut leg. no. cav.

i quædam n. personæ excipiuntur, de quibus dictum cap. superiore.

k l. 1. C. h. tit. l. 6. §. 3. quod cui un. incertum a. præcedenti cap. interpretatus sum, non si nihil probatum, alioqui cuilibet liberum esset, cautione oblatâ negotium alicui facessere: sed si aliqua saltem fides de voluntate domini fiat, puta prolato mandato aliqua parte mutilò aut non perfecto, aut producto uno teste. arg. l. 32. de jurej. WVes. par. h. tit. n. 6. diss. tamen gloss. in l. 39. §. 1. h. tit. ex sola affirmatione & negatione etiam hîc rem dubiam definiens.

l §. 3. Inst. de satisd. l. si procuratorem. 65. ff. h. tit. An per testes justa probatio mandati fiat, quæritur. negat Castr. in l. 1. C. h. tit. sed contraria opinio receptior. Sich. in d. l. 1. in fin. WVes. par. eod. n. 7. Apud nos non aliud mandatum recipitur, quam quod aut actis insinuatum, aut scriptis comprehensum, prout cavetur art. 53. Instr. Car. bell.

toris datus, qui quod à domino non constituitur, omnimodò cavere *m* debet. Non caventis eadem pœna, quæ non *n* defendentis. Necessitas quoque exigendæ cautionis ejusdem temporis, cujus & exigendæ defensionis, videlicet ut exigatur ante litem contestatam, quo tempore exceptiones omnes dilatorias, quales sunt procuratoriæ opponendas esse constat. *o*.

A defensore item duæ satisdationes exiguntur; judicatum solvi semper; rem ratam haberi aliquando. Judicatum solvi omnes defensores alienæ litis *p* satisdare debent, neque ullum ab hoc onere *q* excusari placet, præter tutorem & *r* curatorem. Hæc quoque satisdatio ejusdem *s* temporis, cujus & superiores, denegatæ pœna denegatio defensionis. Ratam autem rem dominum habiturum defensor nunquam cavet, nisi ubi lege agi seu executio adversus defensorem fieri non potest, quod tunc accidit, cum aut de fama absentis aut de libertate ejus agitur, vel de re, quam ille pro suo possedit, actione in rem aut in integrum *t* restitutione: in quibus omnibus cautio illa de rato veluti pars quædam est cautionis judicatum solvi.

Nunc de vi utriusque cautionis seu quæ eam continet, stipulationis dicamus. Triplex hîc quæstio; quomodò rectè fiant; factæ quando committantur; commissarum quis effectus. Judicatum solvi stipulatio sic rectè fit, si aut actor dominus stipuletur, aut vice ejus verus procurator, aut is tutor curatorve, cujus earum rerum, de quibus agitur, *u* administra-

m l. 9. rat. rē hab. quia periculum est ne pupillus aut adolescens, qui domini sunt, quandoq; de eadem re iterum agant.

n nēpe actionis denegatio. Quod quidem apertè proditū non est: sed cōceptio edicti de his præstationibus id evidenter declarat. d. l. 33. §. 3.

o l. 40. §. ult. h. tit. junct. l. pen. & ult. C. de except. Ex ordinatione Cam. Imp. cautio de rato recipitur usq; ad lit. contestatam. Quod si postea mandatum non probent, in expensas litis condemnantur. Mynf. 5. obs. 49.

p l. un. in fin. C. de satisd. §. 1. & 5. ult. Inst. eod. l. qui proprio 46. §. 1. ff. h. tit. utiq; si litis defensores existant: secus est. si causas absentiæ allegent. vid. tamen. Sich. in l. 12. n. 3. C. h. tit. Apud nos defensor idoneum mandatum exhibens non tenetur hanc cautionem præstare. q *quamvis mandatum habeant. d. l. un. nisi dominus ipse satisdet. §. 4. Inst. de satis. ac ne dignitas quidem aut facultates excusant. l. 51. §. 1. & 2. ll. seqq. h. tit. l. qui rem. 166. de R. I.* r *l. ult. §. 3. C. de adm. tut. eo quod hi in omni administratione pro dominis habentur. l. tutor. 27. ff. de adm. tut.* s *nimirum ut in exordio litis exigatur. d. l. un. in fin. l. de satisd.* t *vid. l. 39. §. si status & 2. seqq. l. 40. §. 2. l. qui absentem. 75. h. tit. add. Ant. Fab. ad l. 39. §. ult. & d. l. 40. §. 2.* u *l. 3. §. 1. & seqq. jud. solv. procuratorem a. verum accipimus, cui aut specialiter actio mandata, aut generaliter commissa administratio, aut cujus actionem institutam postea dominus ratam habuit. Tutorem a. non solum verum, sed etiam eum, cui agendi facultas, excluso honorario. d. l. 3. §. 2. & 5.*

tio

tio eſt. Contractæ hæc vis, ut inde alieno nomine agentes actionem ſibi directam, domino utilem *x* acquirant. Quando committatur, ſumendum ex clauſulis, quas *y* continet: de re judicata; de re defendenda; de dolo malo abſuturo. Ex prima clauſula tunc committitur, cum res ritè judicata eſt. Ritè autem rem judicatam dicemus, ſi judicatum erit ab eo judice, ad quem ſtipulator ab initio ſtipulatus *z* eſt; ſi de ea actione, quæ *a* inſtituta eſt; ſi adverſus eum defenſorem, qui in eadem cauſa poſt interpoſitam ſtipulationem *b* manſerit. Re ita judicatâ ſtatim committitur hæc ſtipulatio in certam quantitatem ſive eam ſummam, quæ ſententiâ judicis comprehenſa eſt, ut tamen exactio differatur in id tempus, quod humanitatis causâ judicatis *c* indulgetur. Ex ſecunda clauſula committitur eadem ſtipulatio, ſi res non defendatur, & committitur in id quod ſtipulantis intereſt, ſtatim & ſine *d* exceptione. Cæterum ſi res aut judicio defendi debere *e* deſierit, aut ſi rectè & idoneè defenſa ſit, clauſula evaneſcit. Rectè autem defendi intelligitur, cum defenditur à quo oportet; cum defenditur in ſolidum, cum loco idoneo; cum eo tempore, quo ob rem non defenſam nondum *f* actum eſt. Tertia & noviſſima clauſula tunc committitur, cum dolus à defenſore vel *g* he-

x In qua etiã illi [illegible] feruntur. l.28. l. quod procurator. 68. h.tit. l.5. §. pen. de conſt. pec. l.5. de prat. ſtip. Sed & procurator agens exceptione repelli poteſt. d. l.28. ſc. doli: ut pote cui ſolutio facta debitorem non liberat. l.16. pr. de pact. Ant. Fab. n. d.l.28.

y l.6. jud. ſol. una tamen ſtipulatio eſt, ſicut & paſſim vocatur. d.l.6. l.5. §. 2. l.13. pr. l. ult. eod. unde nec niſi ſemel committitur. d.l.5.§.2.

z In quẽ reus & fidejuſſores conſenſerunt. l.3. jud. ſolv. l. non ab judice. 64. §. 1. de jud. hinc vulgaris Theorica. mutatio judicis liberat fidejuſſores. Cæſar Vëſill. annotat. ad Afflict. dec. 282. n.4. Quid ſi provocatum fuerit? ad huc idem dicendum. l. pen. jud. ſolv. §. 4. in fin. Inſt. de ſatisd. Fachin 8. cont. 57. Quod etſi ſententius negligit, expedit tamen fidejuſſionẽ extendere in omni inſtantia ad vitandas cavillationes, ut monet Teſſaur. deciſ. 203. n.13.

a nam ſi quis quaſi in rem acturus ſtipulatus ſit judicatum ſolvi, deinde in perſonam agat, non committetur ſtipulatio. d.l.13. §. ult. ubi ratio. *b l.7. jud. ſol. ubi & illud declaratur, quibus modus defenſor ante judicium arreptum in eadem cauſa eſſe deſinat.* *c l.4. ditit. & committitur adverſus procuratorem & fidejuſſores: in dominum a. ex ſtipulatu actio non datur. l.28 h.tit.* *d ſi tamen cum fidejuſſore agitur, placet creditorem cavere debere, ſe dominum, priore judicio abſoluturam. l.14. §.1. jud. ſolv. intereſſe a. hactenus rectè dicemus, quatenus ſtipulatori debetur, aut actione ob rem non defenſam amiſſà debitum fuit.* *e l 2. l.25. d. tit. id a. accidit lite mortuâ. d l.2. vel eſt, quocunq; modo finitâ, puta ſolutione, tranſactione, confeſſione. l.13. in fin. pr. l.8. eod. item ſi res perierit extra moram: non a. ſi poſt lit. conteſtatam. l.11. eod.* *f de quib. in l.5. per totam ſed. l.3. §. pen. & ult. l. ex clauſula. 17. l.13. pr. verſ. proinde. eod.* *g l.19. eod. extranei a. hac clauſulâ non continentur, niſi adjectum ſit: Si huic rei dolus malus non aberit, &c. d.l.19. §.1.*

redibus

redibus ejus adhibitus est: atque ex hac quoque parte si pœna promissa non est, committitur in id, quod agentis *h* interest. Dolus autem bifariam admittitur; si dolo fiat, quo minus lis ad exitum perducatur; item si ut res perperam *i* judicetur.

Porro si unus est defensor, non potest hæc stipulatio committi nisi ex una clausula: sin plures, potest ex *k* diversis. Stipulatio rem ratam haberi, quam in dubio mandato, sicut diximus, præstat procurator actoris. sic rectè contrahetur, si stipuletur aut reus ipse, cum quo agitur, aut *l* tutor curatorve. Contracta impletur, cum dominus aut verbis aut re ipsâ & factis comprobat, quod *m* actum est. Committitur tribus modis; petitione ejusdem rei ab eodem *n* reo; acceptione pecuniæ â reo *o* solutæ; lapsu temporis, cum ratum haberi amplius non *p* potest. Commissa eundem effectum habet, quem reliquæ faciendi obligationes, ut committatur in id, quod stipulantis interest, cui jam hoc consequens, ut etiam sæpius committatur, & sæpius ex ea agi possit. *q*

h l.19. rat. rē hab. idq; evenit in omnibus facendi obligationibus. l. stipulationes. 72. de V.O.

i Puta aut subornatis testibus, aut prolatis falsis instrumentis, aut judice corrupto.

k d. l. 5. §. 2. l. ult. junct. l. 13. pr. jud. solv.

l arg. l. 5. §. pen. de const. pec. non a. si procurator rei stipuletur: quia hæc actio in persona procuratoris consistere non potest. utilis a. actio domino quæri nequit, nisi directa quæratur procuratori. d. l. 5. §. 6.

m etsi cum falso procuratore: quia ratihabitio mandato comparatur. l. 12. §. ult. de solut.

n l. 12. §. ult. rat. rem hab. sive dominus ipse petat, sive qui ab eo causam petendi habet, ut emtor fundi. l. 16. d. tit.

o licet sine judicio. Pro justa solutione est, & si quis adversus petentem compensatione aut deductione usus sit. l. amplius. 15. l. 17. §. ult. eod.

p quod accidit tribus modis; præterlapso die ratihabitioni præstituto. l. 23. de rec. arb. aut sine die interpellatione rei. l. 12. §. 2. & l. 13. de sol. aut sine utroq; finito actionis die l. ult. §. 1. rat. rem hab.

q vid. l. 13. l. 17. & 2. seqq. l. 22. §. marcellus. eod. tit.

CAP. XXIV.

Plures procuratores in unam litem ab eadem persona dari non posse.

POstremò in potestate dandi procuratoris etiam de numero datorum quærendum erat, possintne scilicet plures in una causa dari. Et de eo certa hæc juris, definitio est: nunquam unius litis, quæ sit unius personæ, plures procuratores dari posse vel ab actore

ad agendum, vel à reo ad *r* defendendum, ut quidem omnes admittere adversarius cogatur.

Ductum hoc ex ea notione, hactenus solũ procuratorẽ intervenire posse, quatenus non afficiatur incommodo adversarius. Non minimo autem incommodo & molestia *s* afficeretur, si pluribus procuratoribus objectis actio aut defensio scinderetur, per plures *t* personas. Possunt sanè unius *u* litis pluriun personarũ plures procuratores ad *x* agendum dari, possunt & ad defendendum, sed cum hac præscriptione, si non obligatio rei individuæ ab uno auctore cœpta ad plures sive hæredes sive fidejussores ejus obligationis *y* pervenerit. Hoc ita tam variè, quia rei individuæ heredes cum singuli in solidum teneantur, pro una persona semper *z* habentur. Cæterum non continuò per se inutilis est datio, si in una lite plures procuratores ab uno dentur, sed occupantis melior conditio est. *a*

r Actori id non licere probant. l.31.§.1.h.tit.l.1.pr. verf. hujus rei de off.ejus. l.24.§.ult.de adm.tut. non reo l.37.§.1. l.38.h.tit. Sic & quando universitas litigat, cogi eã posse, ut unum cõstituat syndicum, scribit. Vinc. de Franch decis. 309. arg.l.4. §. creditoribus.9. de fid. lib.

s Tria a. hic potissimum incommoda; molestia vocandi omnes; atq; inde judicii mora; tum difficultas præstationis & executionis judicii. *t ut declaratur in l.5.§.pen. jud.solv.l.quod si nolit.l.31.§. si plures. de adil.ed. Quod si unus plures actiones intendat, in singulas singuli procuratores intervenire possunt, quia hoc pacto non magis lis scinditur. quam si unus in una actione daretur. l.37.h.tit.* *u Una lis plurium personarum intelligitur, cum aut pluribus debetur id, quod divisionem non recipit, aut id plures debent. l.2.§.2.l.72.de V.O. nam ubi pecunia aut alia res dividua debetur, obligatio & actio dividitur, & plures fiunt lites. l.6.C.l.heredes.25.§.an ea.ff.fam.erc.* *x l.32.§.1.h.tit.idq; perpetuum in plurib.litis actorib. sive iis principaliter res individua deberi cœperit, sive uni, cui primò debita, successerint. d.l.5.§.pen.in fin.jud.solv. Cum enim singulis per se agere liceat: cur non etiam hactenus procuratorem dare? hic n. distractio actionis à jure nascitur, non ab heredib.* *y d.l.5.§.pen. l.31.§. si plures de ad.ed. unde quia in judiciis divisoriis omnes litigatores ita actores sunt, ut simul etiam sint rei. l.2.§.3.fam.er. idem & in his eadem ratione obtinere placuit. l.48.d.tit.* *z l.4.§.3.& 4. si serv. vind. Plures a. actores nunquam unius loco habentur, quoties proprio nomine & ad suum commodum agunt. A.Fab.in.d.l.32.§.1.h.tit.* *a l.32.h.tit. quippe qui prius agendo & litem contestando, dominus litis effectus fit. l.22.C.eod. Sed hoc si simpliciter plures dati. Quod si plures nominatim dati ut simul causam agant, inutilis est datio per l.24.§.de adm.tut.junct.l.40.in fin. h.tit. aliud tamen usu servari tradunt ex c. si duo. de proc.76. quo duo procuratores simul dati simul admittuntur, nec alterum sine altero agere permittitur, nisi in solidum dati. DD. in d.l. 32. neque id absonum à jure civili putat. A.Fab.ibid.*

CAP. XXV.

Qualis sit obligatio & officium procuratoris.

Expositus est nobis primus in quæstione de procuratoribus locus, pertinens ad adversarium, cui pro-

procurator objicitur, omniaque, quę in potestate dandi procuratoris spectanda sunt, consideravimus. Proximus ad procuratorem spectat, in quo quæritur, an quis procurationem aut defensionem sibi delatam invitus suscipere, aut susceptam exequi cogatur: ut gemina hìc sit quæstio; una de procuratione suscipienda; altera de suscepta exequenda. Primò illud exploratum est, ut pote ductum ex perpetua lege mandati; Neminem extra causam muneris publici constringi *b* necessitate ab initio suscipiendi alienæ litis procurationem. Munus publicum necessitatem induxit in quatuor generibus personarum, in tutoribus, curatoribus, *c* syndicis, item in procuratoribus forensibus, quibus nostra ætas in judiciis *d* utitur, quibus & necessariò negotium mandandum est. Susceptâ procuratione, jam contraria mandati regula valere incipit, nimirum susceptam *e* consummandam esse, litemque ad extremum persequendam.

Cæterum habet hæc obligatio quædam singularia, de quibus operæ pretium est separatim in utroque procuratore cognoscere. De procuratore actoris hoc primò sit constitutum, cum nunquam obligari *f* adversario ob susceptam procurationem, sed soli domino, cujus mandato agit, ut fidem *g* impleat. Duo autem procurator ad agendum datus in se recipere *h* intelligitur; actionem nomine domini; ejusque mutuâ petitione conventi defensionem. De priore sic in universum habeto: Procuratorem susceptâ actione suscepisse intelligi omnem litem, quæ de ea re moveri possit proinde non solum in primo judicio debere eam actionem usque ad sententiam *i* persequi,

b l.8.§.invitus.ff.l.invitus.17.C.h.tit.junct.l.1.§.ult.mand.§ antep.Inst.eod. & quia hìc de obligando agitur, scientia aut silentium pro consensu non habetur. d.l.8.§.1.

c l.1.§.1.ff.l.ult.C.de adm.tut.l.6.§.1.quod cuj.un.l.ult.§.defensores.de mun.& hon.

d Vid.DD.in d.l.17.& ibid.Sichard.n.2.Gail.1.obs.43.n.6.& seqq.Mynſ.4.obs.32.

e l.si mandavero.22.§.ult.l.si quis alicui.27.§.qui mandatũ.ff.mand.

f etiamsi maximè eo consentiente & paciscente datus: hoc n. cavetur actoris causâ: huc pertinet jus constitutum tit.C.ut nem.inv.ag. *g Quemadmodum & in cæteris negotiis. l.qui proprio.46.§ procurator.hoc.tit.* *h Prius jure mandati, quod recepit: posterius ex edicto, quo cautum, ut qui actionem alterius nomine sibi dari postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat.l.33.§.3.h.tit.* *i d.l.17.C.eod.agere n.non est litem instituere, sed rem judicio persequi, donec res judicata sit.*

qui,

qui, sed & victum *k* appellare, appellatio nemque ad finem *l* perducere victorem quoque appellationem ab adversario interpositam excipere, partamque priori sententiâ victoriam suis sumtibus tueri *m* oportere. Hanc enim esse hujus partis obligationem vel sola res suscepta satis argueret, etsi auctoritate destitueremur. Sunt tamen nonnullæ causæ, ob quas re judicatâ appellationem omitti posse placet, cujus generis justæ tres; paupertas procuratoris, quæ ei non permittat suo sumtu appellationem exercere; denunciatio domino testato facta: item si inter agendum cognoverit dominum ex justa causa esse *n* condemnatum. Sunt & propter quas litem inceptam necdum finitam deserere potest, ut mox audiemus. Porrò judicium omne nundum cæptum ab initio declinari potest tempestivâ renunciatione. *o*

Altera pars officii, quod alieno nomine agere volenti incumbit, est defensio domini mutuò conventi. Sed hæc pars ad sequentem locum potius pertinet. De uno hîc ambigitur, possitne qui ad agendum simpliciter datus est, si mutuâ petitione ex persona domini conveniatur, omissâ actione defensionem effugere. Quod magis probandum est: nam nec defensionem apertè recepit, nec actionem hac conditione, ut eam cum defensione alterius litis *p* conjungeret.

k d. l. 17. de interpositione appellationis inter omnes convenit & facit c. pen. X. eod. Intellige tamen, si datus sit ad totam litem, non si ad unũ aliquẽ actũ, veluti ad sententiã audiendam. Beer. decis. 285. n. 9.

l per d. l. 17. l. 2. ff. an per al. ca. appel. l. 8. §. 6. vers. igitur. mand. atq́; hæc fuit sententia Placent aliorumq́; quos refert & sequitur Vasq. 2. cont. us. freq. 19. n. 2. diff. comm. DD. & cum iis Sich. in d. l. 17. VVes. par. n. 11. Menoc. lib. 4. dist. 3. tit. 13. c. 6. excipiunt tamen procuratorem generaliter datum ad omnes causas, aut si mandato inserta sit, ut fieri solet, clausula de prosequenda appell. Mer. d. loc. & ibid. c. 3. aut si ab interlocutoria appellandum. Gail 1. obs. 139. n. 11. Sich. d. loc. n. 7. & 8. Beer. d. decis. n. 10. & seq. *m Minus n. est tueri, quam persequi. textus est in l. qui proprio. 46. § 3. h. tit. qui de restitutione quidem loquitur: sed appellationis & restitutionis eadem ratio l. præses 42. de min. l. si causa 32. C. de trans. diss. Bart. in d. l. 17. Beer. d decis. n. 11.* *n Priora duo in l. 8. §. 2. vers. igitur. mand. tertiũ in persona tutoris scriptum l. 9. § nec utiq́; de adm. tut. etiam ad procuratorẽ pertinere evincunt l. 29. §. 3 mand. l. 31. §. 2. de neg. gest. Quamvis n. in dubio justa sententia præsumitur, tutius tamen esse semper appellare, quia contrarium probari potest. scribit Sich. ad d. l. 17. n. 4.* *o Qua lex mandati communis. §. antep. Inst. de mand. Sed hodie nec ante litis contestationem renunciationem liberam esse, quia etiam tunc res non amplius integra, propter satisdationem domini, quæ ex stylo mandatis inseritur per Clem. 1. in verbo cogi) X. h. tit. tradit Gail. 1. obs. 46. n. 3.* *p d. l. 17. C. h. tit. neq́; n. actus agentium operari debent ultra eorum intentionem totaq́; obligatio procuratoris ad defendendum ex jure potius est, quam ex mandato. Idem manifeste evincitur ex pœna non defendenti constituta, quæ est actionis denegatio. VVes. in par. h. tit n. ult.*

Defensoris nonnihil dissimilis causa: is enim domino semper, interdum & adversario obligatur. Obligatio, qua domino mandati obstringitur, planè *q* similis est ei, quâ tenetur procurator ad agendum datus. Adversario obnoxius fit duobus casibus: uno, qui dubitationem non habet, si satisdederit actori judicatum solvi, unde sic obligatur, ut judicium desugere non possit, quantumvis debitor postea non *r* solvendo esse cœperit: altero, si dominus ipse judicatum solvi pro defensore consentiente exposuerit. Hac enim cautione expositâ hactenus saltem defensor subire defensionem tenetur, ut judicium ab adversario illatum *s* accipiat: cæterum acceptum semel adhuc deserere potest, cum adversus deserentem nihilominus sententia *t* feratur. Illud disceptationem habere non potest, an à prætore compelli possit omnimodò judicium suscipere. Sed verius est non posse, quippe cum ob rem non defensam committatur stipulatio in id, quod actoris *u* interest. Quæcunque autem post præstitam cautionem judicatum solvi defensoris obligatio est, eas suas exceptiones justis de causis habet, ob quas non teneatur judicium præcisè accipere, nec præstare, eam, quæ verbis promissa est, *x* cautionem. Proficiscuntur hæ causæ partim à domino, partim à defensore, partim ab adversario. A domino duæ; inimicitiæ *y* capitales inter dominum & procuratorem exortæ: affinitas ante judicium susceptum *z* diremta. A defensare tres; si omninò judicium suscipere non *a* potest; si non potest salvâ *b* dignitate; si non potest

q l. qui proprio. 46. §. 3. h. tit. l. 8. §. igitur. mand. vid. sup. lit. 1. & deinceps.
r d. l. 46. §. 2. l. antep. hoc. tit. cui obstare videtur l. 43. in fin. eod. Probo distinctionem Bartoli & Castal. ad d. l. antep. Bronch. 1. ass. 54. inter defensorem sine mandato, de quo d. l. antep. & qui mandatum habet, de quo in fin. d. l. 43. quia in illum executio fieri potest. l. Plautius 61. eod. in hunc non item. l. 4. de re jud.
s l. 8. §. ult. hoc tit. d. l. 43. §. ult. eod.
t Ideoq; nec adversarii interfuit. l. & post edictum. 73. de jud. quod si manere in judicio non cogitur: multo minus re judicata appellare.
u l. 45 pr. h. tit. Sunt tamen qui existimant etiam aliis remediis prætoriis compelli posse, pignorum sc. capione, aut multæ dictione. A. Fab. in l. 35. §. 3. in verb. (compellendum) eod. & Gifan. ibid. facit Clem. 1. X h. tit.
x Neq; n. vir bonus arbitraturus est, ut qui justam excusationem adfert, defendere cogatur. d. l. 45. pr.
y l. 8. in fin. l. 14. d. l. 43. §. fin. eod. add. Sich. ad l. 22. C. eod. n. 3.
z d. l. 43. §. ult. nempe ob sublatam causam, quæ ab initio suscipiendæ defensionis fuit, videlicet conjunctio.
a valetudine, necessariâ absentiâ, munere publico impeditus. d. l. 8. in fin. & l. seq. eod.
b ut si cum privatus defensionem suscepisset, deinde accesserit dignitas aut magistratus. d. l. 8. §. ult. maioribus magistratibus nec pro se litigare permittitur, tantum abest, ut pro aliis possint. l. 15. C. h. tit.

ſine jactura rei *c* familiaris. Ab adverſario una, ſi ejus nihil interſit, defenſorem judicium ſuſcipere, ut cum ipſe dominus eſt *d* præſens, quocum experiatur.

c Nam humanitas ſuadet, ut quis ſuum commodum præferre poſſit alieno, quod ſine damno alterius fiat. exempl. in l. 9. & ſeq. l. 20. h. tit. Planè una hîc exceptio eſt, ſi dominus abſit, & periculum, ne dies actionis exeat. l. 12. eod. Cæterum non ad aliud credo, quam ut procurator litem conteſtetur. arg. l. 28 §. ſed & ſi. de jud. A. Fab. in d. l. 12.

d *Adde & ſolvendo eſt, & cogi poteſt l. 10. & ſeq. eod. ubi nulla captio actoris mortuo procuratore quid uſus ſervet, vid. Merul. lib. 4 diſt. 3. tit. 13. c. 7.*

CAP. XXVI.

Quando procurator mutari poſſit: & ſimul de effectu procurationis impletæ.

TErtius hujus diſputationis locus dominũ tangit, nempe ut quæratur, poſſitne is procuratorem à ſe datum removere aut mutare. De qua quæſtione hæc extat diſtinctio; ante litem conteſtatam liberam eſſe poteſtatem procuratorem quoquo modo *e* removendi, poſt litem conteſtatam ne mutandi quidem *f* eſſe, niſi ex cauſa. Unde ergo hæc diverſitas? nempe natura mandati hæc eſt, ut re adhuc integra revocari poſſit, non poſſit, ubi res integra eſſe *g* deſiit: quod fit lite à procuratore *h* conteſtata: ex eo enim procurator dominus litis ſtrictâ ratione juris efficitur, & quidem *i* ſolus, ut jam prior dominus litem aut ad ſe aut ad alium transferre invito procuratore non poſſit. Cæterum prætor rigorem juris civilis ex cauſa mitigavit, ne ſcilicet per occaſionem ſummi juris lædatur is, qui exitu & emolumento dominus manet. Cauſæ hujus generis duæ; una, ubi procurator ſuſpectus fieri cœpit; altera, ubi impeditur, quo minus commodè rem gerat. Suſpectum tria *k* faciunt; inimicitiæ; affinitas cum adverſario contracta; ſucceſſio in locũ adverſarii. Cur gerere commodè non poſſit, cauſæ innumeræ; ex quibus hæ; ætas ſenilis, valetudo, neceſſaria

e l. 16. h. tit.

f quamvis dominus neque in ſe judicium transferat, neque alium procuratorem ſubſtituat facit. c. 2. X. hoc tit. Quid ſi defenſor judicati ſolvi ſatisdedit? aliud dicendum arbitror. per l. ante p. eod.

f l. poſt litem 17. ff. l. 22 C. eod. Merul. d. loc. c. 6.

g §. rectè. Inſt. de mand. Id a. eſt, cum nondum cœpit intereſſe. l. 1. §. madati. ff. d. tit.

h *d. l. 17. ff. d. l. 22. C. hoc tit.*

i *arg. l. 5. §. ult. commod. ad hæc intereſt adverſarii, ne varietur judicium perſonarum mutatione.*

k *De quibus in l. 19. l. 21. & ſeq. hoc tit. adde poteſt judicium prævaricationis & colluſionis cum adverſario. A. Fab. in d. l. 19.*

absentia puta reip. causâ, exilium, vincula, *l* occupationes tum publicæ tum privatæ. Sed sunt hæ causæ domino necessariæ ad mutandum procuratorem invito *m* adversario: non repugnante eo & sine his repudiari procurator *n* potest, nisi ipse justam aliquam causam alleget & probet, ob quam retineatur; cujusmodi sunt hæ quatuor; si in rem suam se datum esse dicat; si retentione aliquâ uti velit, nec dominus ei solvere paratus *o* sit; convitii *p* purgatio; causarum quarundam relictis cæteris ab eo *q* translatio. Remotus autem non statim procurator esse desinit. sed tunc demum, cum dominus aut alium substituerit, aût litem in se *r* transtulerit. Unde sequitur, ut quæ ante cum eo gesta sunt, rata manere debeant, irrita autem habeantur, quæcunque post mutationem cum eo agentur. *s*

Postremus locus ad utrumque communiter attinens, est de procurationis impletæ effectu, quatenus lis finita aut domino aut procuratori prosit, aut noceat. De hac quæstione sic habendum, si quid procurator præter mandatum in lite aut extra litem fecit, id domino neque prodesse neque *t* nocere: mandato autem ex fide consummato, commoda per occasionem litis quæsita omninò ad dominum redire, damna non semper. Commoda duo; à procuratore ad agendum dato, actiones utiles ex stipulatu, & *u* judicati: à procuratore ad defendendum, exceptio rei *x* judicatæ. Incommoda quoque totidem; unum in obligatione per causam litis suscepta; alterum in damno litis ex facto procuratoris.

l Vid. l. 17. §. ult. & aliquot ll. seqq. h. tit. add. A. Fab. in d. l. 17. §. ult.

m ut pote cujus gratiâ totum hoc jus maximè constitutum est. cujusq; consensus etiam tunc requiritur cum revocatio fit volente procuratore. Mynſ. 5. obſ. 44.

n Neq; n. ferendus procurator, qui sibi, adserat procurationem quippe qui hoc ipso suspectus est. quod operam suam ingerat invito. l. 25. h. tit.

o Hæc duo in d. l. 25. vers. planè. & in fin. & l. seq. eod.

p Nempe si dominus dicat se eum removere ex causa infami. d. l. 25. non quod contradictio procuratoris impedit effectum revocationis, sed ut pro conservatione famæ cognoscatur, an justè revocatus. decis. Rotæ noviss. 145. p. 1.

q l. 27. eod. quæ inconstantia etiam in aliis juris articulis improbata. l. 1. & 2. de acq. her. l. 38. pr. de leg. 1. & similib.

r d. l. 17. pr. d. l. 27. §. 1. alio a. defensore substituto nova requiritur satisdatio. l. 46. §. 2. eod.

s l. ignorantis. 49. ff. l. 10. C. h. tit.

t Nempe ignoranti. d. l. 40. exempl. m. d. l. 10. C. h. tit. l. 13. de pact. l. 7. C. de transact. secus est, si sciens passus est procuratorem excedere fines mandati.

u In tantum, ut procurator directò agens exceptione à reo possit submoveri. d. l. 27 in fin. & l. seq. hoc tit.

x l. quacunque. 50. eod. etiam ex parte actoris in reconventione. l. 11. §. hoc jure. de exc. rei jud. A. Fab. in l. 46. §. 4. h. tit.

Prius incommodū à defensore est. Is duplici obligatione per occasionem litis obstringitur; ex stipulatu & judicati. Harum obligationum incommodum ad dominum redit, si is pro consentiente defensore judicatum solvi y satisdedit: : defensorem sequitur, si vel sponte se liti obtulit, vel in rem suam datus est, vel ipse ultrò satisdedit domini defendendi z causâ. Ex facto autem procuratoris, si lis amissa est, valebit quidem semper adversus dominum res judicata: verum is eo nomine cum procuratore aut defensore, cujus dolo aut culpâ factum est, mandati agere potest. †

y l. Plautius. 61. h. tit. l. 4. de re jud. Semper n. id sequi oportet, quod actū est. l. 34. de R. I.

z d. ll. & l. 28. vers. per contrarium h. tit. In eo qui se sponte offert, praeterea haec ratio, quod onus sponte susceptum postea frustrà recusatur. l. 67. & l. antep. h. tit.

† l. 10. C. eod. Negligentia procuratoris, error, confessio quando domino noceat vid. Ant. Fab. 10. contr. 97. & an adversus negligentiam procuratoris restitui possit. Gail. 1. obs. 45.

Quæ res in judicium deducantur.

CAP. XXVII.

Quid sit actio & quotuplex.

TAntum de prima judicii parte, in qua licet agnoscere causam judicii efficientem in personis ad constituendum judicium pertinentibus. Conferamus nos ad secundam, quæ materiam continet, id est, res in judicium deductas. Quidquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio, certè alterutrius harum vim habet. Actio ab actore, à reo exceptio. *a* Actio est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. Genus in hac definitione metonymicum jus, id est, potestas jure tributa, quæ perpetua hujus vocis significatio est, cum verbis faciendi *b* adjungitur. Ita tamen actio jus persequendi est, ut ipsa judicii persecutio vel magis actio dici debeat. Imò

a Definitio tradita Inst. de actionib. in pr. ex Celso in l. nihil aliud. 51. de O. & A. quam latè exponit Don. 19 comm. 1. & ad d. pr. n. 5. & seqq. add. Bronch. 4. assert. 30.

b *atque ita à juris auctoribus usurpatur in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus & c. l. 1. de serv. rust. præd. l. 1. de usufr. vide Sutholt dissertat. 17. n. 15. & 3. seqq.*

ex hoc sensu solo actio a *c* rebus distinguitur, & tertium juris subjectum, quod hic tractamus, constituit. Cur igitur juris vocabulum in definitione retinemus? nempe ut intelligamus, non omnem juris nostri persecutionem receptam esse, sed eam tantum, quæ instituitur pro ea potestate, quæ cuique jure publico conceditur. Quid sit judicium supra expositum est. In persequendi verbo notissima translatio. Denique nullum jus est persequendi judicio, quod nobis præstari debet, quod actionis nomine non *d* contineatur.

Ad rectam actionis institutionem quatuor cognitu necessaria, ex quibus tanquam ex causis effectum actio ipsa sequitur; cui competat actio; adversus quem; qua de re; cujus rei gratiâ. De his autem partibus non una est in omnibus actionibus præceptio: sed prout est genus actionis, ita & ipsæ variantur. Omnis actio aut est juris nostri integri, quæ eadem & recta; aut juris *e* amissi, quæ obliqua. Recta & juris integri est, quâ id, quod nostrum est, rectâ viâ citra restitutionem magistratus persequi licet. Obliqua & rei amissæ, quâ per in integrum restitutionem, jure veteri recuperato, judicio contendimus. Prioris generis duæ species; aut enim in rem sunt; aut in *f* personam: mixtas annumerabimus ei

c Nam actio, quatenus est jus persequendi, in bonis nostris esse dicitur. l. bonorum. de V.S. in fin. unde Jurist. de apic. jur. tr. 2. de action. axiom. scribit persecutionem ipsam in facto consistere, & ab actione seu jure agendi tantum distare, quantum obligatio à contractu. add. Pet. Fab. 2. semestr. 25. Intentio actoris usu forensi conclusio appellatur Briss. de verb. sign. lib. 9.

d Neq; verbum debendi excludit actiones in rem. Cur. n. eo verbo paulo largius accepto comprehendi non possit, is, qui id, quod nostrum est, nobis præstare tenetur, quamvis facto suo se non obstrinxit? Schneid. in pr. Inst. de act. n. 18. Myns. ibid. n. 21. Nec usurarum petitionem eximimus: nam quod usura in bon. fid. judiciis deberi dicuntur ex mora non jure actionis, sed officio judicis. l. 4. C. de pos. l. 49. §. 1. ff. de act. emp. id non significat, nullam usurarum nomine actionem esse, sed non esse propriam, quâ principaliter petantur, sed sortis duntaxat, quâ morâ & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant. d. l. 49. §. 1. Vulgo tamen implorationem officii judicis ab actione distinguunt cum Azon. in summa Inst. de act. n. 2. *e* Quia nobis propositum actiones omnes, quibus quoquo modo judicio agitur, complecti, paulò altius summam earum divisionem repetivimus ex Ulp. in l. 16 pr. de mid. quam idem fecit l. 25. pr. de O. & A. & Justin. in §. 1. Inst. eod. quorum divisio summa quidem est, sed in eo tantum genere, quod dividitur, nempe earum actionum, quæ jure communi competunt sine auxilio prætoris extra ordinario: quæ & solæ in usu juris propriè actiones dicuntur. *f* Hæc divisio traditur in d. l. 25. & in d. §. 1. Inst. de act. Estque in hoc genere summa, ut ibid. recte Justinian.

ſpeciei, quæ in his *g* prævalet. Actiones in rem in uſu juris dicuntur vindicationes, actiones, in perſonam *h* condictiones. Sed & veteres, quo commodius res plures pluribus nominibus notarent, etiam ſpeciale aliquod diſcrimen obſervant, maximè tunc, cum hæc tria ſimul *i* junguntur, actio, petitio, perſecutio, ut actionis verbo actio in perſonam ſignificetur, verbo petitionis actio in rem; perſecutio autem *k* extraordinarias perſecutiones contineat. Sed de utraque ſpecie ſeparatim cognoſcamus, & primum de actione in rem. Actio in rem eſt, qua rem noſtram *l* petimus. Hoc genus iterum bipartitum. Eſt enim aut de rebus, quæ verè noſtræ ſunt; aut de iis, quæ ad jus noſtrum pertinent: illæ civiles, hæ prætoriæ *m* appellantur. Civiles ſunt aut de rebus extra perſonam poſitis; aut de his, quæ poſitæ ſunt in ſtatu perſonæ, quæ & præjudiciales. Rurſus de rebus extra perſonam poſitis duæ ſunt diſtinctæ ſpecies; una de univerſitate; altera de rebus ſingulis. De univerſitate hæ duæ; querela in officioſi teſtamenti, & generalis petitio hereditatis. De rebus ſingulis, item duæ; de corporalibus, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio; & de rebus incorporalibus, ut petitiones & vindicationes ſervitutum. In prætoriis quoque eadem varietas: nam & in his quædam de rebus univerſis, quædam de ſingulis. De univerſis poſſeſſoria & fideicommiſſaria hereditatis petitio. De ſingulis, actio emphyteuticaria, ſuperficiaria, publiciana, Serviana & quaſi. Harum autem omnium, quæ

g exemplo hermaphroditi l. 10. de ſtat. hom. Quia igitur judicia diviſoria origine ſuâ & eſſentiâ actiones ſunt in perſonam, ſine ſolo & effectu quadam ex natura act. in rem participant, ea actionibus in perſonam annumerabimus. per l. 1. fin. reg. Petitionem o. hered. quæ & ipſa mixta. l. 7. C. de pet. hered. ob contrariam rationẽ actionibus in rem. l. 25. §. antep. ff. eod. tit.

h d. l. 25. de O. & A. §. appellamus. Inſt. eod quorum verborũ origo & ratio exponitur à Don. in d. §. appellamus.

i ut in l. bonorum. de V. S. & in formula ſtipulat. Aquilianæ. §. 2. Inſt. quib. mo. tol. obl.

k Maximè ſc. l. pecuniæ. 178. §. 2. de V. S. nam & eo verbo utraq; actio pariter ſignificatur. l. 28. de O. & A.

l ab eo, qui nullo ſuo facto nobis obligatus eſt. d. §. 1. ſic dicta, quia adverſus rem eamq; ſolam principaliter dirigitur: unde & res ipſa conveniri dicitur, non perſona. l. 7. de publican. l. 19. de jur. fiſc. non quod res ipſa verè conveniatur, quod naturâ fieri non poteſt: ſed quod, quamvis actio adverſus poſſeſſorem exercetur, juris tamen interpretatione adhuc ipſa res in perſona poſſidentis conveniri intelligatur. Convenitur n. propter rem, eamq; cum poſſidere deſiit, tranſit actio in novum poſſeſſorem. Don. d. loc. n. 10. & ſeq. A. Fab. 20. conj. 9.

m Quia hæ omnes jure prætorio conſtitutæ: ſicut illæ jure civili: niſi quod præjudicia, exceptâ causâ liberali, ex prætoris juriſdictionis ſubſtantiam capiunt. §. præjudiciales. Inſt. de actionib.

quidem sunt de rebus mobilibus, præparatoria est actio ad exhibendum, quæ tamen ipsa *n* personalis habetur. Non est autem necesse in singulis, quid natura cujusque postulet, curiosè investigare. Nam adversus quem dentur & qua de re, communes ferè sunt in omnibus loci: cui dentur & cujus rei causa, jus agentis respicit, de quo satis in singulis dictum est in iis libris, quos de jure suo cujusque scripsimus. Tres sunt ex omnibus, quas necesse est, diligentius persequi; duo de universitate, querela inofficiosi testamenti & petitio hereditatis generalis: de rebus singulis una, rei vindicatio: quarum exemplar in reliquarum informatione sequemur, contenti eas breviter descripsisse.

n Textus est expressus in l. 3. §. 3. ad exhib. Singulæ a. actionum species à me recensitæ peculiares tit. habent maximè in ff.

CAP. XXVIII.
De querela inofficiosi testamenti.

HEreditatis petitio duplex; una generalis, quæ ad omnem causam pertinet, ex qua hereditas petitur sive ex testamento sive ab intestato; altera specialis, quæ petitur ex causa inofficiosi testamenti. Sed ordo divisionis hîc nobis invertendus est, & primo loco de speciali petitione agendum, deinde demum de generali: non quod ignoremus, contra legem methodi fieri, quando in divisionibus à specie progredimur ad genus: sed quia hîc non tam de divisione harum petitionum solicitos esse oportet, quam de iis instituendis exercendisque. Atqui scimus, quotiens instituenti impedimentum aliquod in re instituenda objicitur, primam curam esse debere, ut id amoveatur. In petitione autem hereditatis, quantumvis generali, quoties ex causa inofficiosi agitur, obstat agenti testamentum: unde fit, ut non ante eam exercere queat, quam id testamentum per querelam rescissum sit. In definienda querela utemur perspicuitatis gratia latiore & pinguiore descriptione,

tione, Querela inofficiosi testamenti, est *o* petitio hereditatis, tanquam ab *p* intestato delatæ, adversus scriptos testamento heredes **instituta** hanc *q* causam habens, quod testamentum adversus eum, qui agit, dicatur esse inofficiosum: quam ob causam & tale esse queritur, accusat, & ut tale rescindi *r* postulat. Singula hujus definitionis qui diligentius pensitabit, ei admodum difficile non erit, curiosiorum hæsitationi *s* satisfacere.

Nunc per quatuor partes suprà à nobis positas dispectio fiat; cui competat; adversus quem; qua de re; cujus rei gratiâ. Competit hæc actio iis solis, ad quos hereditas ab intestato perventura fuisset: neque tamen his omnibus, sed primò liberis; deinde parentibus; tertiò fratribus: ultra fratres nemini datur. Primò liberis competit, non tantum naturalibus legitimis & jam natis, sed etiam adoptivis, emancipatis, & *t* posthumis. Quin imò & spuriis adversus testamentum matris *u* datur. Parentibus quoque omnibus *x* competit, id est, quicunque parentum nomen obtinent, sive masculi sint, sive fæmi-

o Idque tot locis scriptum est, ut mirer quemquam dissentire. l. 8. §. quoniã. l. 20. l. 21. §. 2. ff. h. tit. l. pen. in fin. cont. tab. l. 31. C. h. tit. l. 3. C. de pet. hered. diss. tamen comm. DD. & cum iis Sich. in rub. C. h. tit. n. 3. volentes querelam esse actionem præparatoriam petitionis hereditatis, & per hanc aperiri viam agendi actione universali. quod falsum est: nam ipse titulus inofficiosi una causa est, ex qua vindicatur hereditas. d. l. 3. C. de pet. her. nec duo hîc judicia, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hereditas. Sutholt. dissert. 9. n. 89. & seq. *p l. mater. 19. ff. l. 13. C h. tit, additum, ne quis putet ideo hereditatis petitionem non esse. quia illa ex testamento aut ab intestato. l. 1. 2. 3. de her pet. querela a. inofficiosi non est petitio hereditatis ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi. sed justè dubites an ab intestato. per l. quamdiu. de acq hered.* *q Hac causa petitionis superiorem dubitationem tollit: nam si inofficiosum, inutile, eoque rescisso fit paterfa intestatus. l. 6. §. 1. h. tit. & retrò versus per inde omnia habentur, ac si hereditas nunquam adita fuisset. l. 21. §. 2. eod.* *r Ne id sibi obstet. hinc nata nomina: dicitur querela, accusatio, actio inofficiosi: qui agunt, queri, agere de inofficioso, inofficiosum accusare.* *s Tribus ferè argumentis hac definitio oppugnatur. 1. quod petitio hereditatis aut ex testamento competit aut ab intestato; querela ex neutra causa. 2. quod petitio hereditatis non datur adversus heredem; querela datur: utrique huic objectioni occurri potest ex iis. quæ lit. q. tertium sumitur ex l. ult. §. uti a. C. de bon. quæ lib. junct. l. 8. pr. h. tit. ad quod benè respondet Duar. cap. 8. hoc. tit.* *t l. 6. §. 1. ff. §. 2. Inst. eod. adoptivis tamen secundum distinctionem l. pen. C. §. 2. Inst. de adopt.* *u l. 29. §. 1. h. tit. nisi mater illustris, & nisi ex nefario complexu. quia qui non succedit ab intestato, nec ius querelæ, nec legitimæ petendæ habet. Chiflet. de port. leg. c. 9 Battand. tr. legit. c. 3. n. 7.* *x l. 14. l. 15. pr. l. antep. eod. potest & mater conqueri de filii spurii testamento, ut & alii parentes lineæ maternæ.° Battand. d. c. 3. n. 9. Quid parentes, qui ad secunda vota transierunt? vid. Chiflet. c. 10,*

næ. At fratribus non omnibus proposita, sed y consanguineis duntaxat. Verum enimverò non simpliciter his omnibus querela proponitur: sed sunt nonnullæ conditiones tum in causa hujus accusationis & persona testatoris, tum in actionis perseverantia & ordine succesionis. Causa, ex qua datur, hæc est, si adversum eum, qui queritur, testamentum proponatur inofficiosum. Hinc de eo primus quærendi locus. Testamentum inofficiosum est, in quo liberi, aut parentes, aut fratres consanguinei immeritò exheredati aut præteriti sunt: si modò & testamentum legitimo jure consistat, & nec his debita portio relicta sit. Constat hæc definitio his conditionibus & rebus z quatuor, quas easdem ad querelam jus exigit; si personæ suprascriptæ exheredatæ aut præteritæ sint; si immeritò; si nihilominus testamentum jure consistat; si nec debita portio eis relicta sit. Præteriti dicuntur, qui neque heredes instituti, neque ut oportet, exheredati sunt. Exheredati, qui verbis testatoris ab hereditate sunt remoti. Sed ita demum exheredatos accipimus, si ritè exheredati sunt: in quo ritu quid observari oporteat, alibi tradidimus. Immeritæ præteritionis aut exheredationis non eadem in omnibus ratio. Liberi & parentes pro immeritò exheredatis habentur tribus modis; si sine justa ingratitudinis causa prætereantur aut exheredentur; si ex justa quidem causa, sed testamento non adscripta; si adscripta, sed quæ ab herede non a probetur. In fratribus autem hæc una ratio iniquæ prætentionis aut exheredationis est, si turpis persona instituta proponatur, nec causa sit, cur nihilominus frater ipse removeri debeat. De quibus item omnibus alio loco dictum est diligentius. Tertia conditio est, si testamentum jure valeat: nam si non valet, id est, si aliquo remedio vel civili vel prætorio everti potest, & ad bona defuncti alio jure veniri, de inofficioso agi non

y Primum germanis, deinde & qui ex eodem patre duntaxat. l. 27. C. eod. uterinis etiã idem jus tribuendum esse, ex quo agnationis & cognationis differentia sublata est, concedit Hotom. disp. de quart. leg. eoque inclinat & Azo in summa. C. h. tit. n. 13. Contra. gloss. in d. l. 27. & Sich. ib. n. 5.

z Quarum prima & secunda in l. 3. l. 5. ff. in pr. Inst. hoc tit. tertia in §. tam a. quarta in §. ult. Inst. eod.

a Nov. 115. c. 3. hoc solum interest, quod liberos causæ 14. excludunt, parentes 8. tantum. Hoc ideo, quia pauciores justæ offensionis causæ adversus parentes, quam adversus liberos.

non *b* poteſt. Valeat, an non valeat teſtamentum, ita planum fiet. Certum eſt exheredationem non turbare teſtamentum. Si quis ergò ex ſuperioribus perſonis ritè exheredatus erit, teſtamentum jure civili & prætorio *c* ſubſiſtit. Præterito autem alias pro exheredatione habetur, alias inutilis eſt: de quo ex perſona ejus, qui præteritus eſt, ſtatuendum. Totiens præteritio inutilis eſt, quotiens eum quis præteriit, quem in poteſtate habet, aut habuit. Tale igitur teſtamentum aut ipſo jure nullum eſt, aut per bonorum poſſeſſionem contra tabulas *d* evertetur, ut nullus hîc relinquatur querelæ locus. Reliqui omnes ſi prætereantur, præteritio pro exheredatione reputatur, ut jam aliud remedium nullum ſuperſit ad infirmandum teſtamentum, præter unam inofficioſi *e* querelam. Sola ergo exheredatio querelam neceſſariò inducit, aut ea præteritio, quæ pro exheredatione habeatur. Plura, quæ huc facere videbuntur, deſumi poſſunt ex iis locis, qui ſunt de pœna præteritionis & exheredationis à me tractati Lib. 1.

Poſtrema conditio eſt, ſi his perſonis ita remotis nec debita portio *f* relicta ſit. Hæc eſt ea portio, quæ paſſim legitima & quarta etiam hodie *g* appel-

b §.2. Inſt. hoc tit. quod haud dubie introductum, ut exiſtimationi teſtantium conſuleretur, quos querela, dum quæſito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humanè nec piè feciſſe arguit, & alias, qui communi auxilio munitus eſt, ei non ſolet tribui extra ordinarium. l. 16. de min. diſſ. VVeſenb. in rub. C. h. tit. n. 25. exiſtimans querelam electivè concurrere cum omnibus remediis, quæ teſtamentum reſcindunt & in additionib. ad Schneid. in d. §. 2. per l. 8. §. ſi quis 12. l. 14. ff. l. 14. l. 16. C. hoc tit. Sed magis placet DD. axioma, quod cum ordinario remedio concurrat extraordinarium, quoties hoc plenius eſt & expeditius. per l. 7. §. 3. de dol. c *Ut nec ita exheredati ad bonorum poſſeſſionem cont. tab. admittantur. l. non putavit. pr. de bon. poſſ. cont. tab.* d *Nullum eſt, ſi quis eum præterit, quem in poteſtate habeat. pr. Inſt. de exh. lib. l. antep. de lib. & poſt. Petitâ bonor. poſſeſſione evertitur in emancipato præterito. §. emancipatos. Inſt. d. tit. utroque a. caſu querela excluditur. l. 23. d. §. 2. Inſt. hoc tit.* e *Indicatur hæc regula ſub perſona matris & per matrem adſcendentium in §. ult. Inſt. de exh. lib. de patre præterito eſt l. 14. ff. hoc tit. de fratribus præteritis nullum dubium. Communis a. opinio eſt, præteritionem matris & per eam aſcendentium non amplius pro exheredatione haberi, per d. Nov. 115. cap. 3. quam refutant A. Fab. 14 err. pragm. 7. Fachin. 4. contr. 9. Bachov. in not. ad Treutlec. vol. 1. diſp. 13. th. 1. & vol. 2. diſp. 11. th 1. lit. b.* f *l. 8. §. quoniam. ff. §. ult. Inſt. hoc tit.* g *Item debita portio. d. l. 8. §. unde: debitum bonorum ſubſidium. l. 5. C. de inoff. don. debitum naturale. l. 36. §. ult. C. hoc tit. unde DD. eam comparant æri alieno tametſi vivo patre non debeatur. Mynſ. 4. obſ. 25. & certè ratione ſubſtantiæ eſt juris naturalis, quia hereditas eo jure his perſonis debetur. l. ult. de bon. damn. l. 15. hoc tit. quamvis ratione quantitatis & taxationis ſit juris civilis Chiflet. c. 3. cui conſequens eſt, ſtatuto eam augeri quidem poſſe & minui: tolli a. in totum non poſſe quæ & receptior opinio. Mynſ. 5. obſ. 43. Gail. 2. obſ. 122. n. 12. & 13.*

latur,

latur, propterea quod jure antiquo quarta pars fuit ejus portionis, quæ ad eum, qui queritur, perventura esset, si paterfa. intestatus *h* decessisset. Justinianus autem portionis hujus auxit modum, & pro quarta substituit *i* tertiam, in liberis pluribus, quam quatuor, etiam *k* semissem. Si igitur liberis pluribus, quam quatuor, semissis, reliquis omnibus triens relinquatur ejus portionis, quam jure legitimæ successionis essent habituri, deducto nimirum ære *l* alieno, quamvis cæteræ conditiones concurrant, nihilominus tamen à querela excludentur. Hoc intellecto, unum adhuc quærendum, quæ res in quartam legitimam imputentur, ut constare possit, habeatne eam, qui queritur, an non habeat. Imputantur in quartam primum omnia, quæ ex bonis *m* defuncti capiuntur ipso jure. Secundò quæcunque capiuntur *n* judicio defuncti; qualia sunt, quæ jure institutionis, legati aut fideicommissi relicta sunt, item mortis causa donationes capionesque. Tertiò in filia dos, in filio donatio propter *o* nuptias, & lucrum, quod occasione *p* militiæ ex defuncti pecunia quæsitæ ad præteritos vel exheredatos pervenire potuit, item quæcunque inter vivos ea conditione donata sunt, ut in quartam *q* reputarentur.

At enim non omnia hæc omnibus & eodem imputantur modo. Primum in liberis excipiuntur ea; quæ

h non attento liberorum numero. d. l. 8. §. quoniã. ff. §. ult. inst. h. tit.

i Atque ad hunc modum auxit in omnibus, qui querelam movere possunt. No. 18. c. 1. in fin. quoad parentes plerique consentiunt, dissentiunt quoad fratres vid. Fachin. 4. cont. 28. A. Fab. 11. err. 9.

k d. No. 18. c. 1. igitur si quinque sint liberi, hi in divisione semissis plus ferent, quam quatuor in divisione trientis quod notandum. Chiflet. c. 6. Battand. c. 4. n. 6.

l Quod testatur cuicunque debuit. l. 6. pr. l 8. ad. leg. Falc. item funeris impensa & pretiis server manumissor. l 8. §. 9. h. tit. *m etiamsi non ex judicio testatoris: cuius generis est quarta impuberis adrogati & emancipati. d. l. 8 §. si quis impubes eod.* *n l. 8. C. h. tit. qualia sunt legata & fideicommissa, mortis ca donationes. §. ult. Inst. l. 25. ff. l. 35. §. ult. C. eod. item quæ mortis ca. capiuntur. per l. 91. ad leg. falc. No. 15. c. 3 pr. non a. ea, quæ exheredatus rogatus est restituere d. l. 8. § unde eod. ratio in l. 71 de V. S.* *o l. quoniam. 29. C. hoc tit. æquum n. visum est, ut quæ vicem legitimæ interim tenent, in eam imputentur. Chiflet. c. 14. Aliud in impensis in festivitatem nuptiarum factis statuit. Gomes. in l. Tauri 29. n. 15.* *p Id est, muneris aut officii, unde certum stipendium percipitur: quod & vendi & æstimari potest vide I. cl. Taurell. de militiis ex casu. Rav. 3. coni. 3. hoc lucrum imputari traditur in l. 30. §. ult. C. hoc tit. l. pen. pr. C. de collat. Quid si pater quid impendit pro filio ad consequendum gradum Doctura aut licentiæ? Verius est non imputari per l. 1. §. sedan. 16. de collat. Chiflet. d. loc. Battand. c. 11. n 34. nisi nec alii studiorum sumtus. Gomes. d. loc. n. 16.* *q l si quando. 35 §. ult. C. l. 25. §. ult. ff. hoc tit.*

non

non ex ſubſtantia defuncti ad eos pervenerunt, & ſi maximè ex ejus judicio fortè ex ſubſtitutione pupillari aut accretione r uſusfructus. Secundò ſi nihil liberis aut etiam parentibus inſtitutionis titulo relictum eſt, non efficient legata aut fideicommiſſa immeritò præteritis aut exheredatis relicta, aut quæ inter vivos donata ſunt, ut in quartam imputarentur, quo minus teſtamentum querelæ s ſubjiciatur. Quæ ſequuntur, ad omnes, qui de inofficioſo agere poſſunt, pariter pertinent. Primò ſi minus legitimâ relictum eſt (dummodò liberi & parentes aliqua ſaltem ex parte, ſicut diximus, inſtituti) placet ceſſante inofficioſi querela id, quod deeſt, uſque ad quartam legitimam ſuppleri, t quamvis de eo teſtator nihil u caverit. Sed etſi quis relictum aut inter vivos ſibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, poſt obitum defuncti agnoverit aut retinuerit, non idcircò tamen impedietur actione expletoriâ id, quod legitimæ deeſt, condicere, niſi agnoſcens adjecerit, nullam ſibi ſupereſſe de repletione x quæſtionem. Planè ſi quid donatum ſit inter vivos eâ lege, non ſolum ut is, qui queri poterat, id in quartam reputaret, ſed etiam, ut renunciaret querelæ, tale pactum cæteris quidem nocebit omnibus, non nocebit liberis: qui ex ſententia Papiniani meritis magis ad obſequia paterna provocandi, quam pactionibus adſtringendi y ſunt. Poſtremò ſi qua conditio adjectiove moram aut onus relicto injiciat, ea uſque ad quantitatem legitimæ z ſubducatur. Horum pleraque contra juris veteris rationem à Juſtiniano primum conſtituta ſunt.

r l. pen. in fin. pr. C. eod. utrum a. id verum ſit, de omni ſubſtitutione. vid. Battand. d. C. 11. n. 28. & ſeqq. Chiflet. d. c. 14. Cucchum. §. quæ imputentur. pag. 136. & 169.

s Nov. 115. c. 3. & 4. quare nec tūc in quartam imputabuntur relicta: alias agendum eſſet ad ſupplemētum atque hæc eſt recepta DD. ſententia.

u l. omnimodo. 39. C. §. 3. Inſt. hoc tit. d. No. 115. c. 5. pr. quæ actio ad ſupplementum non quinquēnalis eſt, uti querela, ſed perpetua. Mynſ. 2. obſ. 72. Gail. 2. obſ. 23 Vigl. in §. 5. Inſt. hoc tit.

x l. ſi quando. 35. §. 2. C. eod. cauſa dubitandi, quia agnoſcendo relictum aut donatum retinendo videatur reliquo juri renunciare. *y d. l. ſi quando. §. 1. C. eod. conſule porrò de renunciatione & remiſſione legitimæ. Chiflet. c. 16. Cucch. §. legit. nullum gravamen. n. 46. & ſeq. A. Fab. 14 err. 9. & 10.* *z l. quoniam 32. l. 36. §. 1. C. hoc tit. add Gail. 2. obſ. 119. Battand. c. 10. Gomeſ. 2. reſol. 11. n. 24. & ſeqq. latè Cucch. in d. §. pag. 330. & ſeqq.*

CAP.

CAP. XXIX.

Adversus quorum testamenta querela ab initio non detur: cœpta quibus modis ammittatur: tum de ordine & successione.

COmpetit ergò querela ex causa inofficiosi testamenti, & competit non aliis, quam quos diximus, liberis, parentibus, fratribus. Sed neque in his ipsis hoc perpetuum. Dupliciter accidit, ut nihilominus à querela excludantur, alias conditione personæ testatoris; alias querelæ amissione, quæ duo secundo loco à nobis examinanda. Conditione personæ duorum testamenta querelæ non obnoxia; testamentum impuberis seu substitutio *a* pupillaris; item militis, quamdiu meret, non solum patrisfa. sed etiam filiifa. testantis de peculio *b* castrensi. Id.m quoque privilegium postea quasi militantibus datum sed filiisfa. tantum *c* in quasi castrensi peculio, exceptis ecclesiasticis, quos decet cæteris pietate & charitatis officiis † prælucere. Amittitur querela semel competere cœpta, aut facto ejus, cui competebat, aut casu. Facto dupliciter; repudiatione querelæ; & judicii defuncti agnitione. Repudiatione amittitur, ut jam amplius repeti non possit, cum is, cui de-

a Substitutio pupillaris excludit heredes legitimos, etiam ipsam matrem. l. Lucius.45. de vulg. & pup. neque mater dicere potest inofficiosum filii testamentum: quia hoc ei pater fecit. l.8. §.3. hoc tit. Dubitatur tamen an tacita pupillaris æque matrem excludat, atque expressa. sed verius est excludere per l.2. l 4. C. de imp. & al. subst. nisi in quæstione voluntatis aliò nos trahat conjectura. ut in specie l. ult. C. de Inst. & subst. utriusque n. substitutionis eadem vis. l.4. de vulg. & pup. & intellecta voluntas eodem jure censetur, quo expressa per l. 4. in fin. C. ad Trebell. Fab. 15. conj. 19. Negato a. jure succedendi & impugnandi testamentum, negatur etiam jus petendi legitimam. add. Chiflet. c.10. Vigl. ad pr. Inst. de pup. subst. Don. in l. 8 C. de imp. & al. subst. diss. comm. DD. & cum iis Cujac. 12. obs. 27. Fachin. 4. cont. 42. b Quamvis jure commun. l.8. l.24. C. l.27. §.2. ff. h. tit. Veterano a. facto patrisfa. hoc privilegium adimitur. l.8. §.3. h tit. Hodie querelæ subjacere etiam militaria testamenta statunnt DD. in auth ex causa. C de lib. præt. sequitur Duar. c. ult. h. tit. Coras.6. misc. 11. contrà Vigl. in §. sed si Inst. de exh. lib. Fachin. 6. cont. 74. c Non soli personæ militis togati hoc privilegium concessum, sed etiam peculio ejus, proinde amisso nomine peculii, quod fit, cum sui juris efficitur, placet etiam privilegium amitti. l. ult. §. 1. & 2. C. eod. Hodie sola militaria testamenta immunia esse à querela existimat. Fach. d. loc. † No. 123. c. 19. auth. presbiteros. C. de episc. & cler. horum igitur testamenta querelæ obnoxia. Vid. Fach. 6. cont. 75.

lata erat, eâ se uti nolle *d* ostendit: ut tamen fraude heredis circumvento *e* succurratur, heredique ejus detur actio de *f* dolo. Judicium defuncti agnoscens testamentum hoc ipso comprobare *g* intelligitur, & querelæ tacitè renunciare. Et olim quidem quacunque in re judicio defuncti agnito querela amittebatur, non solum in heredis institutione, sed etiam in legato, sive id tanquam sibi relictum exheredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine peteret defenderetvè, sive relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis *h* causâ. Hodie verò in institutione heredis tantum, si is, qui queri potest, heredem scriptum pro herede verbis aut facto aliquo agnovit, puta res hereditarias ab herede emendo conducendove, aut solvendo, quod defuncto debuit: cujus generis item factum est, si quid conditionis implendæ causâ ab herede *i* acceperit. In legato prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicunque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis id non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest *k* agere possint. Novissimo autem jure ad excludendos à querela liberos & parentes, iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil illis titulo hereditatis *l* relictum est, salvâ semper, si quid debitæ portioni deest, actione expletoriâ. Ut igitur semel complectamur omnem juris veteris & novi hac in parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim si minus legitimâ relictum

d l. 17. hoc tit. etiã tunc cum jam ordinatâ querelâ litem deseruit. l. 8. §. 1. l. 15. §. 1. eod.

e l. 21. l. 27. pr. eod. igitur & herede ejus, si repetitâ querelâ decesserit.

f Nam si ante repetitam querelam decesserit, querela heredi non datur: quia querela non præparata ad heredem non transmittitur. l. 6. §. ult. l. 7. l. 15. §. 1. eod. sed superest heredi actio de dolo. qua sententia l. 6. C. de transact. Duar. c. 17. h. tit. Cujac. ad d. l. 27.

g l. 8. §. si conditioni. l. 23. §. 1. l. ult. eod junct. l. 9. de neg. gest. C. qui semel. de R. I. in 6.

h l. 10. §. 1. d. l. 8. §. si conditioni. l. pen. §. ult. d. l. ult. eod. nec referebat per se caperet, an per alium Duar. d. c. 17. Conna. 9. comm. 9.

i *His n. factis omnibus heres scriptus pro herede agnoscitur. d. l. 23. §. 1. d. l. 8. §. si conditioni.*

k *Ubi hic querelam non agnitio legati, sed ipsum legatum excludat. l. omnimodo. 30. C. eod.*

l *Hic vice versâ non legatum, sed agnitio legati excludit querelam: at eadem agnitio non excludit actionem ad supplementum. Nov. 115. C. 5. add. Gail. 2. obs. 120. n. 11. ac ne tunc quidem, cum testator jubet filium suum relicto contentum esse, & filius id accepit sine protestatione. A. Fab. Cod. suo. hoc tit. definit. 10.*

esset,

esset, licebat repudiato legato *m* agere de inofficioso, hodie non licet, sed legato admisso agitur ad *n* supplętionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam minimi excludebat non tantum querelam, sed omnem omninò petitionem reliqui. Hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest *o* petitio.

Postremum est. Olim qui rogatus erat, legatum alteri restituere, non prohibebatur, eo agnito & restituto, de inofficioso queri. Hodie quiescente querela, id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus *p* esset. Quid autem si quis non sibi, sed alii relictum agnoverit, finge advocatum se ei præbuisse, aut rem eandem legatarium exheredato aut præterito legasse, aut successionis jure ad eum pervenisse? Et hic olim placebat, cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam ex institutione comprobato, quâ sublatâ cætera quoque, ut tum jus erat *q* corruebant. Verum commutata est juris ratio, postea quam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse *r* consistere. Quo jure posito, constanter dicimus, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem *s* heredis: ac proinde non prohiberi eum, qui agnovit, pro jure suo de inofficioso queri. Idemque probamus etiam in iis, quæ mortis causa à legatario capiuntur.

Casu quoque extinguitur querela & duobus modis; tempore; & morte. Tempore extinguitur, si quis per *t* quinquennium ab *u* adita hereditate computandum conquieverit. Certum autem & modera-

m cui actioni semper locus erat, si tota legitima non erat relicta: nisi adjecta esset clausula, ut boni viri arbitratu suppleretur. §. 3. Inst. l. 25. C. junct. l. 4. C. Theod. hoc tit.

n d. l. omnimodo. C. eod. cujus l. quasi quadam glossa est. l. scimus. 36. pr. C. eod. add. VVes. in d. §. 3. lit. g.

o Nisi agnoscens professus sit, se relicto contentum de reliquo quæstionem remittere. l. 35. §. 2. C. eod.

p Hoc & quod præcedit repete ex l. 10. §. 1. ff. junct. d. l. 35. §. 2. C. eod. d. l. 10. in fin. junct. l. 32. C. eod.

q l. pen. §. ult. l. ult. eod. junct. l. 9. de test. tut. l. eam quam. C. de fideic.

r Nov. 115. cap. 3. in fin. & cap 4. in fin. unde auth. ex causa. C. de lib. præt.

s Nam ex duabus rebus diversis, quarum una sine altera esse potest, qui unam probat, non ideo intelligitur probare & alteram. arg. l. 10. C. de prob.

t l. si quis. 34. in fin. C. hoc. tit. l. 2. C. in quib. ca. rest. in int. nec non est. Idemque esse etsi per modum exceptionis intentetur, vult. Gomes. 1. resol. 11. n. 20. non tamen currit hæc præscriptio agere impedito propter moram alterius judicii. l. 16. C. eod. Duar. lec. c. 11. circ. fin.

u Modestinus à morte computari volebat: sed meritò probata est Ulpiani sententia. l. pen. §. 2. C. eod. cum nec ante aditam hereditatem querela nascatur. l. 8. §. si conditioni. ff. eod. junct. l. 1. in fin. C. de anni. exc. add. Gomes. d. loc. n. 18.

tum

tam tempus heredi constitutum est, intra quod adeat hereditatem *x* aut repudiet. Mortis idem effectus, sed querela nondum *y* præparata: alioqui ad heredem transmittitur. Præparata intelligitur tribus hisce modis; litis contestatione; animi ad querendum inclinantis *z* testificatione; agnitione bonorum *a* possessionis. Exceptus est hoc loco filius defuncti, quem decedentem ante aditam hereditatem placuit querelam etiam non præparatam in liberos suos transmittere. *b*

Hisce exceptionibus remotis manebit illud jus, quod diximus, in liberis, parentibus, fratribus immeritò præteritis aut exheredatis. Quod si porrò quærimus, quod in quæstione proposita postremum est, quis cui in querela præferatur, si adversus omnes simul testamentum dicatur inofficiosum, in promtu responsio est, eodem ordine ad querelam quemque admitti oportere, quo vocantur liberi, parentes, fratres defuncti ad successionem *c* ab intestato. Proinde & si de successione in querelam quæritur, si fortè is, qui primo loco admittitur, accusare nolit aut non possit, dicemus priore gradu deficiente sequentem *d* admitti, quæ ratio est successionis ab intestato, ad cujus causam querela perlata res reditura est. Sanè in ordine una differentia esse potest: nam etsi novo jure fratres unà cum parentibus ad hereditatem intestati vocantur, non putarem tamen ad querelam pariter admittendos. At testamento inofficioso pronunciato, non ineleganter defendi potest, parentum

x *Hoc ideo, ne heres scriptus morando aditionem efficiat, ne queri possit exheredatus. d. l. pen. §. 2.*

y *l. si quis 34. d. l. pen. C. eod. l. 7. ff. eod. cujus rei hæc forte ratio, quod cum incertum sit, voluerit ne defunctus Iudicium parentis convellere, an patientiâ honorare, exemplo Aphroniæ illius, de qua Valer. Max. lib. 7. c. 8. in dubio pro testamento interpretatio fiat. Conna. 9. com. 6.*

z *De primo modo est in l. 6. §. ult. de secundo in l. 7. eod. & hoc modo præparata intelligitur, si quis vel comminatus tantum accusationem fuerit, & vel usque ad denunciationem processerit. d. l. 7.*

a *l. 2. C. eod. estque hæc ea, quæ dicitur litis ordinandæ gratiâ. d. l. 8. pr. non nova aut extra ordinaria bonor. poss. species. ubi n. de ea quid propositum legimus? sed ordinaria, quæ agnoscitur ab intestato per ea, quæ cap. præced. add. VVes. in rub. C. hoc tit. n. 77. Govean. 2. var. lect. 6.*

b *d. l. si quis. 34. C. eod. in aliis nihil immutatum. add. Pet. Greg. 44. synt. 4. n. 20. Chiflet. c. 8.*

c *De ordine succedendi ab intesta dictum est lib. 2. cap. 64. & seq. vide obiter auth. in successione. C. de su. & leg. auth. defuncto C. ad S. C. Tertyll. auth. cessante, auth. post fratres C. de legit. her.*

d *l. pen. pr. h. tit. exemplum de patre in locum filii succedente in l. 14. eod. Si pater, ergo multo magis nepos, cujus causa potior. atque hæc est sententia melioris partis interpretum. diss. Gomes. 1. res. 11. n. 21. Alc. 4. paradox. 16. per l. si quis 34. C. hoc tit. vid. Don. 19. com. 7.*

victoriam fratribus quoque prodesse: atque adeò etiam fratrum filios cum parentibus & fratribus defuncti ad successionem jure novissimo vocari. *e*

CAP. XXX.

Adversus quem, qua de re, cujus rei obtinendæ gratia querela detur.

Cui competat querela diximus: adversus quem detur, qua de re, & cujus rei causâ videamus. Datur adversus eos, qui hereditatem pro herede aut possessore sibi adserunt ex testamento, quod inofficiosum dicitur. In eo numero sunt hi tres; heres *f* scriptus; scripti heredis *g* heres; *h* fideicommissarius. Neque quidquam hîc heredi prodest aut amplitudo, aut favor, aut sanguinis *i* conjunctio. Planè si quis ex liberis una cum extraneo institutus sit, & is, qui præteritus est, portionem suam ab extraneo illo consequi valeat, extraneus solus huic judicio obnoxius erit. *k*

Quid quisque de inofficioso agens & quantum petere debeat, satis intelligitur ex ipsius querelæ definitione: nam si querela petitio hereditatis est, certum est, per eam hereditatem peti: si petitio hereditatis tanquam ab intestato delatæ, consequens est, tantum quemque per eam vindicare debere, quantum intestato patresa. esset habiturus. Quod si ex pluribus, qui ab initio concurrere poterant, aliqui repudient querelam, aut tempore fatove amittant, ii partem cæ-

e Per ea, quæ habet Bach. in not. ad Treutl. vol. 1. disp. 13. thes. 4. lit. d. diss. plerique, & cum iis. Vigl. Vult. pe. Inst. h. tit. quasi hoc pacto fraus legi fieret. falso; cum maximè sit ex sententia legis, ut fratres unà cum parentibus &c. ab intestato succedant. Nov. 118. vid. cap. seq. nobiscum sentiunt Ioan. Fab. Ang. Baro. Myns. ad d. loc.

f & is quidem sine controversia. l. 25 §. 1. l. 27. §. pen. l. 29. pr. ff. l. 10. l. 13. C. eod.

g Aliusve, qui in ejus locum successit, ut fiscus. d. l. 10. C. eod. cæterum adversus particularem successorem, veluti legatarium, judicium hoc universale non datur.

h l. 1. C. eod. nam & hic vi & effectu heres est. §. restituta. Inst. de fid. her.

i Vid. l. 8. §. 2. l. pen. §. 1. eod. nec pia causa aut religionis institutio. facit l. 1. §. 1. ad leg. fac. junct. d. l. 8. §. 9. h. tit. Gail. 2. obs. 119. n. 4. & seqq. nec quod heres scriptus sit miles. Connan. 9. comm. 8.

k l. 10. eod. quæ lex admodum obscura est, & inter damnatas numeratur teste Duar. cap. 12. hoc tit. Sed optime eam explicat Don. 19. com. 8.

teris non *l* facient: ut in hac quoque parte petitio legitimæ hereditatis eluceat, cujus hæc regula est, ut deficientis heredis legitimi portio reliquis, qui suam agnoverint, accrescat. *m*

Finis querelæ duplex; unus subordinatus, ut testamentum rescindatur; alter summus, ut eo rescisso obtineatur tanquam ab intestato hereditas. Hosce fines in omni parte testamenti etiam effectus juri consentaneus olim sequebatur. Hodie verò alium habent in heredum institutionibus, alium in rerum singularum relictis. Et priorem quidem finem etiam hodie hoc judicium assequitur circa institutionem heredis: nam & novo jure institutio *n* rescinditur, tanquam ab homine non sanæ mentis facta, postquam rescisionem omnia perinde quoque habentur, ac si hereditas à scripto herede adita non *o* esset. Igitur si tota petetur hereditas, tota etiam rescindetur institutio; si pars tantum, rescindetur pro ea tantum parte, quæ *p* petitur. & quamvis ratio juris refragari videatur, tamen absurdum videri non debet, sententiâ judicis fieri, ut quis pro parte intestatus decessisse *q* videatur. Alter finis, propter quem prior expetitur, hic est, ut *r* hereditas inde obtineatur: quem & ipsum effectus juris sequitur, cum aliqua tamen moderatione. Nam qui vicit, is à scripto quidem herede, nisi fuerit provocatum, hereditatem semper evincit: adversus alios autem non obtinebit, nisi ipse solus ab intestato *s* heres sit. Exemplum esto. Filius emancipatus patre preterito & liberis exheredatis decessit: præce-

l l.17.pr.eod. hoc est. repudiantium portio accrescet cæteris, qui querelam retinent. l.23. §. ult. eod. Non obstat responsum Pap. in d.l.8. §. quoniam. Neque n. ibi duo proponuntur, quibus ab initio querela competebat, sed quorum alter ob quartam relictam à querela exclusus: huic non minùs est, alterum, tametsi nō queratur, partem facere: quia jus accrescēdi non nisi inter eos, qui ad eandem hereditatem vocantur: legitima a. non hereditatis quota, sed bonorum est Sed etsi hereditatis pars esset; idem tamen dicendum foret, quia non ab intestato, sed ex testamento habetur. Alii minus se expediunt, ut Chiflet. c.7. Fach.4. cont.31. m *l. si ex plurib. de suis & leg. her. De jure accrescendi in hereditate diximus in genere lib.1. c.44.* n *Nov.115. cap.3 in fin. & cap.4. in fin. cujus summa expressa est in auth. ex causa. C. de lib. præt.* o *Qui querelæ inter alia effectus l. 6. §. 1. l. 21. §. ult. hoc tit.* p *Quod variis exemplis declaratur in l.15. §.ult.l.19.l.29.eod.* q *d. l.15. § ult. l. circa.24. eod. etenim rei judicatæ standum. l.17. in fin. pr. eod. nec sententia judicis certâ parte definitâ ulterius porrigi potest, quo alteri noceat. l.8 de postul. alias ne ex post facto quidem pro parte intestatus quis fieri potest. l.7. de R. I. l. qui ex duobus. §. 1. de acq. her. l.19. §. 2. de castr. pec. Duar. c.12. hoc tit. Pet. Fab. ad d. l.7.* r *Quæ idcirco etiam dicitur per querelam ab intestato peti. l. mater. hoc tit.* s *l. eum qui. 21. §. 2. l. 6. §. 1. eod.*

dit causa liberorum: pater nihilominus occupans agit, cumque non repelleretur, etiam obtinuit. Hic pater victo quidem heredi scripto evincere hereditatem propter rem judicatam petest: at si liberi postea veniant, & hereditatem sibi vindicent, victoria patris solis proderit liberis: non quod sententia eos heredes, sed quod t intestatum patremfa. faciat, in cujus mortui legitima successione primam liberorum esse causam lex voluit. Pari ratione, imò fortiore dicendum est, etsi pro parte heres de inofficioso questus adversus totum testamentum obtinuerit, sententiam non ulterius ei prodesse, quam pro parte sua, pro reliqua autem parte beneficium victoriæ ad coheredes legitimos u redundare: nisi fortè verbi causâ, ex duobus fratribus alter facto suo querelam amiserit, quo casu alteri, qui egit & obtinuit, portio deficientis x accrescit. In rerum singularum relictis, puta legatis, fideicommissis & libertatibus, non idem hujus judicii effectus. Id effectum novellâ Justiniani constitutione, quâ cavetur, ut rescissâ ex causa inofficiosi institutione, cætera capita omnia firma y maneant. Quibus paucis verbis, sublato jure veteri, quo rescindebantur omnia, quæ testamento adscripta z erant, supervacua constituuntur, quæcunque de conditionibus & cautionibus ad legatorum & libertatum rescissionem pertinentibus jure veteri a prodita sunt. Postremò præter finem hujus actionis & hoc notabile, quod cum quis b suo nomine improbè querelam intentavit, & præsens victus est, ea, quæ c testamento ei relicta sunt, amittat, & quasi indigno ablata fisco vindicentur. d

t Vt hîc non ex sententia succedatur contra regulam, res inter alios judicata &c. sed ex dispositione legis d. l. 6. §. 1. Pac. 3. quæst. 31. Conna. 9. com. 9.

u Ex definitione d. l. 6. §. 1. finge hoc modo, duo sunt filii à patre exheredati, qui soli ab intestato futuri erant heredes: unus cum fortè frater absens nũciaretur mortuus, solus egit & obtinuit: dicemus hanc victoriã etiam fratri absenti pro parte sua prodesse. arg. d. l. 6. §. 1.

x l. si pœnas. 25. §. ult. eod. eoq; pertinet species à Paulo proposita in l. 17. eod. facit l. sicut. C. de rep. her.

y d. auth. ex causa. C. de lib. præt. vid. lib. 1. cap. 35. in fin.
z l. 8. §. pen. l. 9. l. 13. eod. convenienter rationi juris. l. 5. de test. tut. §. ante heredis. Inst. de leg. junct. l. cum principalis. de R. I. quæ nunc hac parte immutata.
a Vid. l. 17. §. 1. l. 29. pr. & §. 2. l. 8. §. ult. l. 9. eod.
b Secus si alieno, ut tutor pupilli, pater filii nomine. l. 22. §. 1. l. 30. §. 1. hoc. tit. aut si quis causam à decessore suo inchoatam peregerit d. l. 22. §. 1.
c Non a. si quid jure ei debeatur, ut quarta D. Pii. d. l. 8. §. 5. aut si quid ei donatum à vivo testatore, quamvis mortis causâ. l. 5. §. qui mortis de his quæ ut indig.
d d. l. 8. §. meminisse. add. Duar. cap. 15. hoc tit. Conna. 9. comm. 10.

CAP.

CAP. XXXI.

De inofficiosis donationibus exemplo inofficiosi testamenti revocandis.

QUerela inofficiosæ donationis etsi petitio hereditatis non est, sed species quædam revocationis donationum inter vivos: tamen cum comparata sit confirmandæ querelæ inofficiosi gratiâ, ad quam eludendam inofficiosæ donationes *e* instructæ sunt, non patitur mutua ea, quæ inter hæc duo intercedit, affectio, alterum ab altero seperari. Cum igitur inofficiosæ donationes ex cogitatæ essent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, exclusâ querelâ intervertendam, huic fraudi occursum est opportuno remedio, quo immodicæ hujusmodi donationes, quatenus debitum bonorum minuunt subsidium revocarentur, constitutâ in eam rem querelâ inofficiosæ donationis, ad exemplum & similitudinem inofficiosi testamenti. Hæc summa est. Expendamus singula. Tria sunt in remedio proposito consideranda; res, quæ revocatur; quantitas revocationis; revocandi modus. Res, quæ rescinditur, est *f* inofficiosa donatio. Ea igitur quid sit, ante omnia constituendum. Donatio inofficiosa, est *g* donatio inter vivos, quæ iis, qui de inofficioso queri poterant, debitam *h* portionem aufert, quam in bonis defuncti habituri essent, si donatio facta non fuisset. Hanc donationem revocari cum dicimus, duo dicimus: pri-

e Exhausto immodicâ donatione patrimonio querela inofficiosi eluditur, legitima iis, quibus debetur, intervertitur, sive donator eos heredes instituat, sive intestatus decedat: nihil n. his relinquitur præter nudum nomē heredum: nec querela datur nisi præteritis aut exheredatis Inst. de inoff. in pr. sed & si alium heredem instituat, querelam tamen inutilem facit inofficiosa donatio, ut ne sic quidem præteriti quicquam consequantur, præter nomen inane heredum. l. 3 C. hoc tit de inoff. don. Hinc est, quod inofficiosæ donationes instructæ dicuntur ad querelam eludendam, excludendam, evertendam. l 1. l. 7. C. eod. l. Titia. 87. §. imperator. de leg. 2. *f Sic dictæ, quod facta sit non ex officio pietatis, quomodo & inofficiosum testamentum. l. 2. ff. de inoff. test. dicitur & immensa, immodica, immoderata. l. 2. l. 4. l. ult. C. h. tit.* *g Contractus igitur onerosi utrinque obligatorii huc non pertinent, nisi forte simulata. V. C. venditio. pretio dicis causâ constituto. per tit. C. plus val. quod ag. A. Fab. in Cod. suo hoc tit. defin. 6. Perdita quoque per patrem in ludo profuso hac querelâ revocari posse, cum hac sit causa lucrativa censet VVes. hoc tit. n. 28. vide & Pet. Greg 4. sync. 5.* *h Quia igitur hodie legitima est triens aut semissis debitæ ab intestato portionis, inofficiosa erit donatio, quæ bessem aut semissem debitæ portionis excedit, pro numero liberorum.*

num id quod verba exprimunt: deinde non revocari eam, quæ non sit inofficiosa, sed intra legitimum modum consistat. Prius ita coërceatur, nisi donatoris facultates in tantum postea creverint, ut relictæ portionem legitimam *i* conficiant. Alterum perpetuum, quocunq; casu, quod reliquum est bonorum perierit: cum sufficere debeat, quod eo tempore, quo facta est donatio, non fuerit *k* inofficiosa. Hinc etiam hoc dicimus, si ex duabus donationibus posterior sola modum excedat, posteriorem quoque solam esse rescindendam. Neque est contrarium, quod etiam priora legata lege Falcidia pro portione minuantur; nam legata cum ex mortis demum tempore valere incipiât, eodem omnia tempore relicta esse intelliguntur. *l*

Quatenus donatio revocetur, haud ita in promtu est dicere. Nam cum ad similitudinem querelæ inofficiosi hæc revocatio *m* introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficiosi tota rescinditur institutio, sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Cæterum hoc parum ad *n* pugnam. Illud fortius, quod Imperator Alexander rescripsit, donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia *o* revocari, nisi dicamus dimidium in hoc rescripto intelligi quartæ partis dimidium, quod verum est, aperteque in eadem specie alio *p* rescripto declaratum. Porro

i Nov. 92. c. 1. ibi, in tantum a. auctâ quantitate & hîc cessat finis querelæ, qui in l. 6. C. h. tit. Consistit a. deben: & priores facultates & postea acquisita, ut ex utrisque in unum collatis integra debita portio conficiatur. add. Ant. Fab. Cod. suo. h. tit. defin. 7.

k In quo hæc querela distat à precedenti, ubi à tempore mortis bona estimabuntur. l. 6. C. de inoff. test. & qui ita [illegible] & DD. omnes in d. l. 1. C. hoc tit. sentire testatur Molin. in explanat. l. 5. C. eod. n. 41. quod ita coercet Sich. in d. l. 1. n. 13. si casu reliquum perierit, secus esse censet, si pater id dilapidaverit, ob suspicionem fraudis.

l l. in quantitate. 73. ad leg. falc. consentit Sich. in d. l. 1. n. 11. Bart. ibid. n. 5. Trentac. 3. var. resol. tract. de don. resol. 4. n. 5. & seqq. contrà tamen judicatum refert A. Fab. Cod suo. eod. defin. 1. & 7.

m Omnes ferè leges hujus tit. C. hanc comparationem continent: maximè l. ult. est tamen inter hæc duo hæc differentia, quod querelâ inofficiosi impugnatur ulti[illegible] dispositio, & injuris exheredationis vindicatur: hac a. querelâ contractus revocatur inter duos initus & perfectus, idque ab ipsis heredibus, quamvis solo nomine.

n Nam dici potest comparationem hanc non absolutè, sed secundum quid accipiendam esse, quatenus una & similis utriusque querela causa, & eadem temporibus & moribus de quib. postea.

o l. Titia 27. §. imperator. de leg. 2. solutionem subjectam probat gloss. in d. §. imperator. & Azo in summa. C. h. tit. n. 4. vide & Fach. 6. cont. 84. in fin.

p l. 7. C. hoc tit. facit etiam hæc ratio, quod cum lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod gestum est, sed quod illicitè duntaxat. l. 21. de usur. l. 34. §. 1. in fin. C. de donat. diff. Ant. Fab. 3. conj. 17. cujus argumentis plenè satisfacit Zach. in not. ad Trentl. disp. de donat. th. 7.

autem

autem hoc exemplum satis argumenti est, idem statuendum esse, etsi in extraneos donatio collata sit, cum non persona accipientis, sed immoderata liberalitas inofficiosam donationem faciat. Unde ne illud quidem retulerit, quo *q* animo donatio facta dicatur, dummodò sit inofficiosa. Quare sic generaliter definimus; ex causa inofficiosæ donationis non totum revocari, quod donatum est, sed pro ea tantum parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & trientem, quibus debetur, adimens.

De modo revocandi sic habe; donationem hanc ipso jure totam consistere, sed quod immoderatè gestum est, *r* rescindi, propositâ in eam rem querelâ ad similitudinem inofficiosi testamenti. Hinc jam elicimus hæc consectaria. Primum querelam inofficiosæ donationis actionem in rem esse, non utique petitionem hereditatis, quæ hîc esse non *s* potest, sed rerum singularum. Secundò dari hanc querelam iis solum, qui & de inofficioso agere potuissent, proinde liberis, parentibus, *t* fratribus. Tertiò dari eodem jure iisdemque *u* conditionibus, quibus ad accusationem inofficiosi eædem personæ admittuntur. Postremò in ordine & successione, item in amittendo eadem omnia *x* observari. Adversus quos, qua de re detur, & cujus obtinendi causâ, superioribus cognitis pœne suâ sponte intelligitur. *y*

q Pleriq; tamen ita: Si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tota revocatur: si sine cõsilio fraudandi, aut in aliquem ex liberis (sine distinctione) pro parte tantum qua distinctio judiciis & consuetudine publicâ probari dicitur. Sich. in d. l. 1. n. 4. Gomes. 2. var. res. 4. n. 13. Covar. pr. qq. 19. n. 12. eam tamẽ reprobat Molin. in d. l. 5. n. 12. & seqq. & aliam satis operosè adstruit.

r l. 2. l. ult. C. eod. quiiquem non improbabilis distinctio Molin. in d. l. 5. n. 61. nempe ut ipso jure evertatur donatio, quando facta est in fraudem legis pariter & hominis, ut si totum patrimonium exhaustum: per rescissionem, si in fraudem hominis tantum, ut si aliquid supereſt, in quo providentia legis posſit habere locum, quamvis non plenè. arg. l. 16. de jur. patron. *s Nam petitio hereditatis non datur nisi adversus eum, qui pro herede aut pro possessore possidet. l. 9. de hered. pet. hæc a. querela datur adversus possidentem tit. singulari.* *t & his quidem non simpliciter, sed si donatio collata sit in turpem personam. arg. d. l ult. C. h. tit.* *u Igitur & ingratis deneganda. l. 5. C. eod nec danda, si alia ratione legitima obtineri poteſt l. 2. l. 4. C. eod. nec transmittetur ad extraneos nisi præparata. Trentac. 3. pract. res. tit. de donat. resol. 4. n. 14.* *x Ac proinde idem ordo & successio eadem quæ in legitima hereditate. amittetur a. repudiatione, agnitione l 6. C. eod. lapsu quinquennii ita verba d. l. ult. eadem temporibus, exponunt gloss. & DD.* *y Illud tamen non satis expeditum, an detur contra singularem successorem. VVesenb. C. h. tit. n. 24. censet dari contra omnes, ad quos res tit. lucrativo pervenerunt, in quantum inde locupletiores facti.*

Inter donationes etiam dos connumeratur: & certè z donatio eſt. Quare quod de donationibus inofficioſis conſtitutum eſt, meritò ad dotes inofficioſas, quæ ſcilicet patrimonium donantis conſumunt aut beſſem excedunt, iiſdem legibus revocationis trahitur.

z Præſertim cum nullo jure cogente datur. l. 29. de don. & quã. vis cauſa dotis non eſt abſolute lucrativa. l. un. C. de imp lucr. diſcr. lib. 10. tamen quatenus congruum modum excedit, lucrativam eſſe etiam reſpectu mariti cenſet Molin. tract. in contr. matrim. fact. n. 54. §. l. un. C. de inoff. dot. de quo pluribus Molin. in d. l. 5. C. de inoff. don. n. 73. & ſeqq. Sichard. in d. l. un. Afflict. deciſ. 88. ibique Caſ. Viſil. in annot.

CAP. XXXII.

De petitione hereditatis.

SPecies petitionis hereditatis, querela inofficioſi teſtamenti, ſeparatim à genere, ob eas, quas diximus, cauſas, cognoſcenda fuit. Qua occaſione deinde altius provecti ſimul inofficioſam caſtigavimus liberalitatem. Venio nunc ad ipſum petitionis genus, quæ communi appellatione dicitur petitio hereditatis. Eam ſic licet definiamus. Petitio hereditatis, eſt actio in rem, qua hereditatem noſtram petimus, & per hereditatem res ſingulas hereditarias, ab eo, qui quid earum ſine cauſa poſſidet, ut reſtituatur. Petitionem hereditatis actionem in rem eſſe ſatis manifeſtum a eſt: per eam enim rem noſtram petimus ab eo, qui eam poſſidet. Atenim ita in rem, ut nihilominus habeat duas præſtationes b perſonales, pretii ex rebus diſtractis confecti, & pecuniæ à debitoribus hereditariis exactæ: de quibus poſtea. Cætera definitionis ad ſuos quæque locos remittimus. Videamus ergo cui, adverſus quem, qua de re, in quem finem hæc actio detur. Competit hæc petitio ei, qui hereditatem ſuam eſſe intendit, ut pote primò ſibi delatam vel teſtamento vel lege ab inteſtato,

a Idque diſertè ſcriptũ eſt ab Ulpian. l. ſed etſi. 25. §. antepen. ff. hoc tit. de her. pet.

b Quæ efficiunt, ut hæc actio ſit mixta. l. 22. §. pen. fam. erciſc. l. 7. C. hoc tit. Ita eſt: Petitio hereditatis dicitur actio in rem, quia principaliter, per ſe & origine ſua in rem eſt, licet exitu nonnulla cum actione in perſonã communia habeat: ſicut è contrario judicia diviſoria actionibus in perſonam annumerantur, quia origine ſua & eſſentia in perſonam ſunt, quamvis fine & effectu nonnihil de actionibus in rem, participent. vid. cap. 27. ſup.

ſtato, deinde & acquiſitam ſive per ſe ſive per *c* alios, puta quos in poteſtate habet, aut quibus ſucceſſit. Nec obſtabit legitimo heredi, quod legatum ab herede ſcripto acceperit, ſi modo id *d* reddat, ne manifeſta calumnia ſit. Quod ſi cui ex edicto bonorum poſſeſſio data ſit, conſultius fecerit, ſi initio *e* interdicto quorum bonorum experiatur ad avocandam poſſeſſionem: quæ cautio atque proviſio eſt magnæ moleſtiæ, quam alioqui difficultas probationis judicio petitorio adferre poſſet.

Datur adverſus eum, qui quid hereditarium pro herede prove poſſeſſore *f* poſſidet. Tria igitur hic exigimus; ut poſſideat, quod actionum omnium in rem commune eſt; ut poſſideat rem hereditariam; ut poſſideat pro herede aut pro poſſeſſore; quæ duo hujus actionis ſunt propria. Eorum, qui tanquam poſſeſſores tenentur, duo genera; qui rem tenent; tum qui rem non tenentes juris interpretatione pro poſſeſſoribus habentur. Qui rem tenent, in duas iterum ſpecies diviſi: una eſt eorum, qui verè poſſident & affectu domini rem tenent. Altera eorum, qui rei naturaliter incumbentes ejus reſtituendæ habent *g* facultatem. Interpretatione juris pro poſſeſſoribus habentur item duo; qui ſe liti offerens judicium accepit, decepto actore, ignorante *h* eum non poſſidere; item is, qui dolo deſiit poſſidere, cujus parem eſſe conditionem *i* placet in omnibus actionibus, quibus poſſeſſio adverſarii locum facit, atque ejus, qui poſſidet. Qua propter fieri poteſt, ut duo hîc ſimul teneantur, qui dolo fecit, quominus poſſideat, nec non is, qui poſſeſſionem *k* occupavit.

c l. 3. l. 10. h. tit. hoc intereſt, quod ab eo, cui per ſe delata eſt, hereditas, nihil amplius deſiderari debet, quam quod hanc actionem intentet, cum hoc ipſo adeat aut pro herede ſe gerat. §. ult. Inſt. de her. qual. at ſi quis tanquā per alium quaſita hereditate agat, probare debet eum, ex cujus perſona agit, adiiſſe, cum hereditas non adita nec acquiratur nec transmittatur. VVeſ. ad hunc tit. C. n. 18.

d l. poſtquā. 43. eod. ſic nec is, qui ex teſtamento petiit, prohibetur ab inteſtato hereditatem vindicare. l. 8. ff. l. 3. C. eod. ſi nempe in facto errans vires teſtamenti ignoravit.

d l. 8. & ib. Coſtal. *e l. 1. quor. ben. VVeſ. parat. quor. ben. Menoch. adip. poſſ. rem. 1. n. 5. cui affine remedium l. ult. C. de ed. D. hadr. toll.* *f Extat hæc definitio in l. regulariter. 9. ff. hoc tit.* *g l. ſi à domino. 36. §. 1. hoc tit. ut a. hi teneantur, receptum non ex verbis, ſed ex ſententia legis, ſicut & in rei vindicatione. l. 9. de rei vind.* *h l. 13. §. non ſolum. l. qui ſe liti. 45. h. tit. junct. l. 25. & ſeq. de rei vind.* *i d l. 13. §. pen. l. 25. § perinde. hoc tit. l. qui dolo. 131. l. parem. 150. de R. I. ca. pro poſſeſſore. de R. I. in 6.* *k Hic, quia verè poſſidet: ille, quia juris interpretatione quoad incommoda pro poſſeſſore habetur. d. l. 25. § perinde.*

Cæterum si possessor paratus sit judicium accipere, cum petitoris non intersit, liberabitur is, qui dolo desiit possidere: sicut & liberari cum placet, si petitor rem petitam aut litis æstimationem à possessore consecutus sit, sublatâ videlicet omni actione, quâ porro experiatur. Quod si cum eo, qui dolo possidere desiit, prius actum sit, & is litis æstimationem petitori solverit, manebit integra adversus possessorem actio, nisi is rem à priori illo *l* emerit. Secundo in possessore exigimus, ut saltem rem aliquam *m* hereditariam possideat, quod ex fine petenti proposito satis intelligitur, Venit quidem in hanc petitionem principaliter hereditas, sed per consequentiam veniunt etiam res *n* singulæ hereditariæ. Tertium est, ut possideat pro herede prové possessore. Pro herede possidere dicuntur duo dispari admodum significatu: unus, qui ipse non heres rem hereditariam possidet: alter, qui verè heres possidet rem non hereditariam, tanquam hereditariam, puta casu in bonis defuncti inventam. Priori titulo nihil hereditarium usucapi potest: posteriori tanquam justo titulo *o* potest. Uterque tamen ad hanc petitionem pertinet: nam & posterior in ea re, quam possidet, heres *p* non est. Pro possessore possidet tum prædo, qui nullam aliam causam possessionis adfert, quam quod possideat, tum is qui adfert quidem aliquam, sed *q* injustam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret & *r* adjunctus est.

l Extat distinctio in hanc sententiam in d l. 13. §. pen. apertius in l. Stichum. 95. § dolo de solut. co'lectori distinctionis membro non obstat. l. bona fides. 57. de R. I. Hic n. non bis idem petitur: sed qui æstimationē cen pœnā doli prius consecutus erat, nunc rem ipsam petit. add. Cujac. ad l. 14. quod met. ca. Pac. 3. cent. q. 41.

m Vel minimam. l. 9. & seq. hoc tit. Gomes. in l. Tauri 45. n. 166. vult hāc actionem dari etiam adversus eum, qui nihil hereditarium possidens contendat se heredē esse quod vix est, ut probari possit. *n Non est necesse, ut reus totam hereditatem possideat, cum vel unam rem hereditariam pro herede tenens totam hereditatē & universi juris successionē sibi asserat. Et hîc itaque universalis sit petitio necesse est, licet executio tantum fiat in re unica possessa. Cacheran. decis 84 n. 5.* *o l. pen. & ult. ff. pro hered. junct l. 1. & ult. C. eod. tit.* *p Idque planè est, quod Vlpian. sentit in l. 13. §. Neratius cum ait ab herede peti hereditatem posse, etiamsi putet eas res, quæ vindicantur ex ea hereditate esse, quæ sibi delata est.* *q l. 11. in fin. l. 12. l. 13. pr. & §. 1. l. 25. §. 3. eod. obiter hîc notandum quamvis omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi: ut si titulum habeat. d. l. 13. §. si quis. A. Fab. 26. err. 9.* *r d. l. 13. §. 1. id est, omnes hi tituli recipiunt & in se habent titulum pro possessore, ut qui eos allegat, pro possessore possidere & hereditatis petitione teneri intelligatur.*

Quod si quis *s* justo aliquo titulo rem hereditariam possideat, res vindicanda est *t* speciali in rem actione, quæ simpliciter adversus quemcunque possessorem datur. Hanc dissimilitudinem facit dissimile jus petitoris. Nam qui speciali in rem actione agit, aut dominus est aut jus affine dominio habet, cui semper æquum rem *u* restitui. At qui heres, non idem continuò & dominus rei hereditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit aut apud eum deposita? Equidem fieri posse non nego, ut heres sit idem & dominus: sed quia contra etiam fieri potest, ut is sit dominus, qui rem justo titulo, puta pro emtore, pro donato, pro legato, possidet, in pari causa possessor *x* potior haberi debet. Sed enim hoc ipso, quod quis heres est, plus juris habet, quam is, qui sine causa possidet, qualis est, qui pro herede possidet aut pro possessore, ac nec alios titulos possessio hereditatis *y* admittit. Ut autem actor scire possit, quo titulo res possideatur, ne frustra agat, cogitur possessor in jure ante litem contestatam interrogatus titulum possessionis suæ *z* edere, secus quam in specialibus in rem actionibus, in quibus id scire nihil *a* interest actoris. Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum, utili omnes tenentur, qui etsi se heredes esse non dicunt, tales tamen se esse dicunt, quales si verè essent, pro heredibus haberentur: cujusmodi sunt hi *b* tres; bonorum possessor non verus; fideicommissarius, qui hereditatem à falso herede accepit; emtor, qui hereditatem aut partem universi juris emit à non herede: sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest. *c*

s Idoneo ad dominiū acquirendū: nā qui ex causa cōmodati, depositi locati &c. rem tenent, rectè hac actione cōveniri vult Zaz. parat. hoc tit. n. 8. post. Castr. in l. 9. eod.

t l. 7. C. eod. l. pen. C in quib. ca. cess. long. temp. praescr. add. VVes. ad hunc tit. C. 27.

u Semper n. dominus plus juris in re sua habet, quam quilibet justus possessor. l. 9. ff. l. 3. C. de rei vind.

x l. in pari. 128. de R. I. & hic cōventus allegans titulū singularem potentiori jure nititur, quam petitor, qui in simplici titulo hereditario se fundat, cū ille etiā possideat, DD. in d. l. 9. Sichard. in l. 2. C. eod. n. 5. Zaz. par. ff. eod. n. 7. Gomes. in l. Tauri. 45. n. 158.

y d. l. 9. ff. d. l. 7. C. eod. Cuiac. 10. obs. 1. Borch. de gradib. pag. 671.

z l. 11. C. eod. idq; ad commodum actoris, ne frustra litiget: neq; n. simplex possessio sufficit, ut in rei vindicatione, sed oportet sit modificata. Azo in summa C. h. tit. n. 31. quando a. non possum agere simpliciter, sed tantum ratione alicujus qualitatis, de eâ prius constare debet, ut ex Castrens. Sichard. in l. 11 C. eod. n. 3.

a Nā probante actor res restituenda, quocunque titulo possideatur: eo a. non probante manet in suo loco possessio. §. retinendæ Inst. de interd.

b l. 11. in fin. pr. l. 13. §. sed etsi, & §. quod si quis. hoc tit.

c Aut si non expediat petitori hereditatem à venditore peti, quam directâ petitione teneri certum est. d. l. 13. §. 4.

Res,

Res, quæ in hanc petitionem venit, est hereditas & per hereditatem res hereditariæ. Res hereditariæ aut corpora sunt, aut *d* jura. Corpora rursus aut jam ante à defuncto habita possessave; aut post ejus mortem demum hereditati *e* quæsita. Prioris generis quæ sunt, aut ad jus defuncti pertinuerunt, aut ad periculum ejus duntaxat. Ad jus defuncti pertinuisse ea *f* omnia intelligi debent, quæ in usu juris in bonis esse dicuntur, in quibus scilicet aut non possidens actionem habiturus fuisset, qualia sunt, quæ in dominio ejus fuerunt, quæ pignori ei obligata, bonavé fide ab eo possessa; aut possidens exceptionem, veluti jurisjurandi aut rei judicatæ. Ad periculum defuncti tantum pertinent, in quibus ille custodiam & bonam fidem debuit, ut res commodatæ & depositæ, quæ mortuo eo itidem hereditariæ *g* fiunt: nam & periculi defuncti successio est. In posteriore genere sunt hæc quinque; quæ hereditati *h* accreverunt; hereditati per servos hereditarios quæsita; pecunia ex rebus hereditariis à possessore *i* redacta; res hereditatis nomine *k* comparatæ; postremò fructus ex re hereditaria *l* percepti. At ita demum pecunia in restitutionem hereditatis venit, si ex ipsa re hereditaria aut ex usu ejus redacta sit, non etiam si *m* extrinsecus ex facto, puta stipulatione possessoris, profecta. Res quoque hereditatis causâ comparatæ ita demum hereditariæ fiunt, si eo consilio emtæ etiam ex usu sint hereditati, ut jumenta aut instru-

d Atque hæc universa in hoc judicium venire traditur in l. item videndũ. 18. §. 1. eod.

e Quia nondũ adita defuncti personam sustinet, ita ut etiam hæc à defuncto quæsita videantur. l. 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom. nihil igitur obstat definitio hereditatis. l. nihil. 24. de V. S. l. hereditas. 62. de R. I.

f l. ei qui. 54 §. 1. l. & non tantum. 19. pr. & § 2. hoc tit. junct. l. rem in bonis. 52. de acq. rer. dom. add. Vinn. in § actionum. Inst. de actionib. n. 73.

g d. l. 19: pr. hæ res in usu juris magis dicuntur esse ex bonis. l. 2. §. in hac actione vi bon. rapt. §. ult. Inst. eod. tit.

h *Veluti per alluvionẽ. Item ususfructus rei hereditariæ, qui finitus ad proprietatem redit. l. item veniunt. 20. §. 3. hoc tit. quod proxime sequitur, est in l. perfectũ 32. eod.*

i *Cujusmodi est pretiũ rerum ex hereditate distractarũ. l 16. § 1. d. l. 20. §. ait senatus & 2 seqq. l. 25 §. petitio item litis æstimatio. d. l. 16. §. 2. pœna pretii tardius soluti. l. 23. §. ult. exacta à debitoribus: d. l 25. §. petitio eod. hæc n. omnia placet in locũ rei succedere. l. 22. eod. secus est in judiciis specialibus. l. 21. de her. vend. l. 48. §. ult. de furt. ubi Gothofr.*

k *Etsi ex pecunia non hereditaria. d. l. 20. pr. nam cum has res possessor nomine hereditatis possideat, etiã hereditati acquirit. l. traditio. 20. §. ult. de acq. rer. dom.*

l *& in hoc judicium etiam non petiti veniunt, quippe ipsam augentes hereditatem. d. l. 20 §. 3. l. 25. § ult. ff. l. 2. C. hoc tit. non idem est in judicio singulari. vid. Sichard. in rubr. C. hoc tit. n. 8. & in l. 2. C. eod. n. 11.*

m *d. l. 20. § 3. exempla in l. at ubi. 24. eod.*

menta agro hereditario colendo necessaria: alioqui ne illud quidem, quod ex pecunia hereditaria redactum est, hereditarium *n* efficitur.

Fructuum appellatio latissimè hîc porrigitur, ut quæcunque ex rebus hereditariis percipiuntur aut proveniunt, adeoque & partus ancillarum hereditariarum *o* contineantur. Percepti autem statim in numerum rerum hereditariarum recipiuntur: augentque ipsam hereditatem, ut ne bonæ fidei quidem possessor ullo tempore hîc quidquam suum percipiendo *p* faciat. Sunt, ut proposui, & quædam jura hereditaria sive res incorporales, quæ & ipsæ in petitionem hereditatis veniunt. Cujus generis sunt hæc duo *q* actio hereditati quæsita; actio quæsita extraneo possessori ex re hereditaria. Actio hereditati quæsita aut à defuncto originem habet, aut post mortem defuncti ab hereditate, utraque venit in petitionem *r* hereditatis. Peti ergo hereditas potest ab omnibus debitoribus hereditariis, tanquam à juris possessoribus, adeo ut nec in diem nec sub conditione debitor eximatur. Cæterum si ante rem judicatam dies non venerit, cavere saltem heredi debet de debito, cum dies venerit *s* restituendo. Denique actiones quoque possessori ex re hereditaria quæsitæ, tanquam fructus ex re hereditaria nati, possessorem petitioni hereditatis *t* subjiciunt, licet subtilitas juris *u* refragetur. Servitutes in restitutionem hereditatis non veniunt, cum nihil eo nomine restitui possit. *x*

n d. l. 20. pr. & §. 1. l. 25. §. 1. eod. quamvis ex contrario pecunia ex re hereditaria quæsita semper fiat hereditaria, ut dictum. vid. Don. 19. com. 13.

o Vid. d. l. 20. §. 3. d. l. 25 §. ult. & aliquot ll. seqq. eod.

p l. post S.C. 28. eod. contra quam in rei vindicatione. l. 2. C. eod. l. bonæ fidei. 48. de acq. rer. dom. adde Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 4. n. 61.

q Actio nempe in personam: nam quæ in rem est, corpora hereditatis sequitur. Cæterum quamvis speciales in personam actiones in hanc petitionem veniunt: non tamen veniunt per omnia eodem modo: sed ita ut hujus judicii natura ubique servetur. vid. exempla in d. l. 20 §. 4. l. si debitor, 4 eod.

r Conveniuntur que hac petitione debitores hereditarii si vel dicant se heredes, vel negent se solvere tantum ideo, quia nolint, quod posterius eorum est, qui pro possessore possident. l. 13. §. ult. & ll. seqq. eod. ita & VVes. par. C. hoc tit. n. 25. contra DD. vulg.

s l. 16 pr. eod. non enim hîc agitur tanquam cum debitore, qualis ante diem propriè non est. l. cum qui. 41. §. 1. de V. O. sed tanquam cum juris possessore. d. l. 13. §. ult.

t Ut actiones eas cedat heredi. d. l. 16. §. 4. & seq. & §. 7. l. 40. § 2. eod.

u Quia hæ actiones non defuncto, non hereditati, non heredi, sed extraneo possessori primum quæsitæ, sed causam acquirendi in judicio bonæ fidei inspici placuit.

x Sed qui non patitur ire agere, propriâ actione convenitur. l. 19. §. ult. eod. An & feuda in hanc actionem veniant, vide Mynf. 3 obs. 67. VVes. par. hoc tit. n. 11.

CAP.

CAP. XXXIII.

De fine & effectu petitionis hereditatis.

FInis hujus judicii alius actori propositus, alius possessori. Actori duplex; medius unus; alter summus. Medius, qui præcedit, hic est, ut actor sententiâ judicis heres pronuncietur. Summus, ut heredi declarato restituantur res hereditariæ. Hos fines actor etiam consequitur officio judicis, in quo cernitur hujus petitionis effectus. Quod si officium judicis petitioni actoris subservire debet, necesse est totidem esse partes hujus officii, quod sunt fines actori propositi, nempe duas. quæ eædem respondeant petitioni, unam, ut petitorem, qui se heredem esse probavit, sententiâ suâ heredem esse *a* declaret, & hereditatem ad eum pertinere: alteram ad summum hujus petitionis finem accommodatam, ut de restitutione caveat, quantum bonum & æquum est possessorem *b* præstare. De restitutione alia causa est earum rerum, quas reus victus possidet; alia, quas non possidet. Quæ res à reo tempore rei judicatæ possidentur, tametsi initio litis eas non possederit, eæ omnes in restitutionem *c* veniunt. De rebus verò, quas non possidet, sic jus est, ut si eas nec acquirere potuerit, earum restitutione nunquam gravetur. Atque in hac specie, sicut & in superiore, par est omnium possessorum conditio. Quod si res, quas non possidet, habere & acquirere potuit, hîc placuit diversam esse causam bonæ fidei & malæ fidei possessoris. Bonæ fidei possessorem hîc accipimus, qui justam causam habet, cur se heredem putet, quamvis

a Quod quidem de petitione hereditatis nusquam scriptum legi: sed alterum actionum in rem exempla id nos docent. l. & ex diverso. 35. §. 1 de rei vind. l. 8. §. 4. si. serv. vind.

b l. 10 ff. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. C. eod. §. actionum. & §. In bonæ. Inst. de act.

c l. 4. l. 18. §. 1. l. si quo tempore. 41. hoc tit. at res postea cœptæ possideri non videntur in judicium deductæ. l. 23. de jud. ergo nec judex de iis statuere potest. l. 18. com. div. Imò & hæ deductæ verbo generali hereditatis, quæ petita est, unde & libellus generalis hîc sustinetur, sine ulla rerum hereditariarum designatione. Covar. pr. qq. c. 12. n. 1. Gail. 1. obs. 63. Costal. in l. 6. de rei vind. Sich. ad l. 2. C. hoc tit. n. 11. Quid si certæ res libello comprehensæ, an ad illas petitio restricta? ita nonnullis visum: sed eos refellit Covar. d. loc. n. 6. & Gom. in l. Tauri. 145. n. 166. fac. l. 4. hoc tit.

in jure *d* errans. Malæ fidei possessorem contrà, qui scit hereditatem ad se non *e* pertinere. Malæ fidei possessoris præstatio plenior: proinde is prior prodeat. De eo sic cautum; primò ut earum rerum nomine, quas quandoque possedit, etiamsi eas ante litem contestatam vel *f* casu possidere desierit, per inde teneatur, perindeque condemnandus sit, ac si adhuc possideret: nisi quæ justa causa eum excuset, cujusmodi sunt; si res casu ita perierit, ut etsi restituta esset, eodem modo apud petitorem peritura *g* fuisset; si judicio res *h* evicta sit; si quam rem necessario & ex usu hereditatis distraxit, succedente in locum rei pretio. Quod si res non in totum amissa sit, sed deterior facta dolo aut culpa possessoris, placet eum litis æstimationem, quanto peior facta est, pati *i* debere. Secundò etiam ejus rei nomine possessor malæ fidei tenetur, quam nunquam possedit habuitvé, sed quam habere possidere curâ adhibitâ potuisset, quam inquam cum posset, neglexit *k* acquirere. Hujus generis est pecunia à debitoribus hereditariis non exacta, si cum eas exigere posset, per eum factum sit, quo minus nunc possint *l* exigi; fructus ex rebus sive corporibus hereditariis non percepti, qui modò *m* honeste percipi potuerunt; item usuræ pecuniæ hereditariæ, quam possessor malæ fidei tractavit, aut quam aliter hereditati tanquam pecuniam numeratam debere cœpit, puta re-

d d. l. 20. §. hac adversus. junct. l. 25. §. 6. eod. Covar. 1. var. res. 3. n. 8. Azo in summa. C. hoc tit. n. 11 diff. Finel. in l. 2. C. de resc. vend. n. 31. & seqq. errorem tamen in jure dubio similem esse fatetur ignorantiæ facti. n. 40.

e Quod ex eo arguitur, si nullā causam habeat possidendi d. l. 20. §. 6. & §. hac adversus. d. l. 25. §. 3. sed & is malæ fid. possessor habebitur, qui postea se heredem non esse cognovit. d. l. 25 §. 5.

f De quo dubitari potest propter verba SCti. Sed causam etiam SCti continuari scriptum in d. l. 20. §. ult. additâ ratione, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset, & verum pretium non perderet. de dolo certum est. d. l. 25. §. 2. l. qui dolo, de R. I. nec minus si culpâ res perierit. d. l. 25. §. 2. & congruit regula in l. si servum. 91. § 3. de V. O.

g Per l. 14. in fin. depos. junct. l. 14. § quia si homo. in fin. quod met. ca. l. illud. 40. hoc tit.

h l. pen. hoc tit. causa, quæ sequitur, est in l. 20. §. 2. l. non solum. 53. eod.

i l. si quis partes. 54. § ult. l. si quid possessor. 31. §. sicut autem. eod.

k Nam & his rebus veré dicitur per possessorem factum esse, quominus quæsitas possideret. d. l. 25. §. proinde.

l Dum sc. patitur aut actionis tempus exire, aut debitores pauperiores fieri, & à se quidem semper exigere potest, l. 6. §. ult. de neg. gest. ab aliis, si quam actionem ipse acquisivit ex rebus hereditariis. alias non item. d. l. 31. § illud planè. hoc tit. d. l. 6. §. ult. de neg. gest. utique solutiorē oblatā recusare non debet. per d. l. 25. §. perinde.

m d. l. 25. §. 4. ff. l. 1. C. eod. junct. l. 33. de rei vind. at percepti etiā inhoneste omnes restituendi. l. 27. §. ult. hoc tit ne honesta interpretatio non honesti quæstus lucrum possessori faciat. l. si possessor. 52. eod. adde Cujac. 4. ad Afric. in l. 56. eod.

bus

bus hereditariis distractis & percepto *n* pretio. Non eadem bonæ fidei possessoris ac nec una semper in rebus hereditariis, quæ quod amissæ aut omissæ, non possidentur, præstatio: sed aliter in hoc genere tenetur post litem contestatam, aliter ante. Post litem contestatam, id est, post petitam judicio hereditatem, qui antè bonæ fidei possessor erat, incipit communi esse cum malæ fidei possessore conditione, propterea quod jam scire cœpit, hereditatem ad se non pertinere. Inde dictum, post litem contestatam omnes possessores pares esse, & quasi *o* prædones teneri. Neque verò hoc tantum servatur post controversiam motam in judicio, sed etiam post quamvis *p* denunciationem possessori factam, alium vere heredem esse. Quinimò longius itum est, placuitque eodem jure teneri etiam eum, qui modò scire cœpit alium heredem esse, vel nemine *q* denunciante. Cæterum hoc jus in duarum rerum præstatione temperatum est, retentumque bonæ fidei possessoris commodum, si justè ad judicium provocaverit, in interitu fortuito rei hereditariæ; item in distractione ejusdem rei opinione necessitatis facta, puta ex causa fideicommissi. Neque enim debuit aut propter metum mortalitatis jus suum indefensum relinquere; aut justè ad judicium provocantis non excusari necessitatis præstandi *r* opinio. Ante litem contestatam hactenus saltem bonæ fidei possessor tenetur in hoc rerum genere, quatenus *s* locupletior factus est. Ergo si quid lucri consecutus tum possidebit, id omne ei auferendum est; si quid non possidebit, eo nomine non tenebitur, sive id nunquam possederit, acquirere tamen ex rebus hereditariis potuit, sive initio possideri cœptum ante litem

n d. l. 20. §. hac adversus. & §. Papinianus. 14. & seq. ff. d. l. 1. C. eod. usuræ enim vicē fructuū obtinent. l. usuræ. 24. de usur.

o d. l. 25. § si ante litem. d. l. 31. §. 3. exempla in d. l. 1 C. eod. & in d. §. 3.

p d. l. 20. §. præter hæc. in fin. & §. petitā. d. l. 25. §. si ante.

q d. l. 20. §. petitam. d. l. 25. §. de eo, ad tempus tamen litis cōtestatæ definitio potissimum refertur: quia eo tempore ut plurimum fit, ut possessor bon. fid. scire incipiat hereditatem ad se non pertinere.

r l. illud quoque. pr. l. in æstimationibus. 48. eod. Hinc apparet eum, qui justè ad judicium provocavit, pro malę fidei possessore non haberi: quamvis n. fructus post litem contestatam perceptos judicio victus restituere teneatur, id tamen non ideo fit, quia malæ fidei possessor fuit: sed quia judicio contraxit. l. 3. §. idem scribit. de pecul.

s d. l. 20. §. præter hæc. vers. eos autē. hoc tit. quomodo probetur locupletior factus, vid. Pin. in l. 2. C. de resc. vend. part. 2. c. 4 nu. 64. & seqq.

con-

contestatam posſidere desierit: quamvis malo more id dilapidaverit, conſumſerit, dum re ſua ſe abuti *t* putat. Locupletior autem factus tribus modis intelligitur; ſi res hereditarias adhuc poſſideat; ſi quid ex hereditate aut occaſione hereditatis conſecutus in res ſuas *u* convertit; ſi ipſe non ſit factus *x* pauperior ob res ex hereditate ſumtas. Quo tempore autem bonæ fidei poſſeſſor locupletior eſſe debeat, dubitatum eſt. Et Paulus reſpondit, tempus rei judicatæ in propoſito ſpectandum, quod ſanè verum eſt, ſi quæratur de eo bonæ fidei poſſeſſore, qui juſtè ad judicium provocavit: nam cum is moram ita provocando non committat, nec pœnis moræ obnoxius eſſe debet. In cæteris verò magis eſt, ut tempus litis conteſtatæ ſpectari debeat, cum poſt id tempus jure prædonum omnes teneantur. *y*

Officium judicis in hoc judicio tale, ut ſi res, quæ reſtitui debet, extet, eam jubeat reſtitui, qui juſſus arbitrium judicis dicitur. Huic arbitrio ſi poſſeſſor paret, abſolvitur: ſi non paret, ſequitur condemnatio in æſtimationem litis. Quod ſi res non extet, ſtatim nullo præcedente arbitrio in condemnationem venit rei æſtimatio: & ſiquidem culpâ duntaxat poſſeſſoris factum eſt, quo minus rem reſtituere poſsit, in verum condemnatur pretium: ſin dolo malo, quanti petitor in litem juraverit. *z*

Poſſeſſori quoque ex adverſo finis propoſitus duplex; unus omnium reorum communis, ut abſolvatur, quem poſſeſſor aſſequitur, ſi aut ipſe probet ſe heredem eſſe, aut ſe eſſe non probet *a* petitor: alter hujus judicii proprius, ut quoniam hîc non de lana caprina lis eſt, ſed de hereditate, re plerumque magna & ampla, liceat poſſeſſori pendente judicio

t d.l.31.§.3. d.l.25.§.conſuluit igitur etſi donaverit: niſi quid remunerationis causâ acceperit: nam catenus quaſi locupletior factus tenetur. d.§.conſuluit.

u l.1.C.l.heres.71.§.1.ff.eod. aut uſuris pecuniæ hereditariæ percepit. d.l.20. aut pretia rerum ex hereditate venditarum: quæ reſtituenda, etſi res deperditæ aut diminutæ. d.l.20.§.ait ſenatus.17.& § ult. & l.ſeq.eod. nec minus, cum pretia & ipſa per ſe ſint hereditaria, & æquè principaliter ut res ipſa debeantur.

x d.l.25.§.quod a. quis.16.eod.facit l.in pupillo.47.§.1.de ſolut.

y Idq ita eſſe liquebit ex collatione l.36.§.pen. l.40.pr.hoc tit. l.24.pr.de uſur.junct.l.25.§.ſi ante.hoc tit.

z d.l.20.§.ult. d.l.25.§.hac verba. quæ omnia obſervantur etiam in cæteris actionibus, ex quib. quid reſtitui debet. l.qui reſtituere.68.de rei vind l.5.de in lit.jur.

a l.qui accuſare.C.de edend.§.retinenda.verſ.commodum.Inſt.de interd.

res hereditarias administrare, quod sine fraude hereditatis fiat. In hoc fine duo continentur; administratio; ejus administrationis indemnitas. Administratio versatur ferè circa hæc quinque; in rebus rectè colendis tuendisque; in ære alieno dissolvendo, ne usuræ crescant, aut pignora distrahantur; in rebus hereditariis pro commodo hereditatis distrahendis; in exigendis pecuniis debitis; in actionibus creditorum excipiendis. De prioribus duobus non ambigitur: quippe cum jam intellectum sit, non solum ea facere possessorem posse, sed etiam sine periculo suo non posse non *b* facere. Cætera verò non passim permissa, ne quid in præjudicium hujus judicii *c* fiat. Distractio, quæ alioqui desiderante petitore prohibenda est, duabus conditionibus possessori postulanti à magistratu conceditur: cum satisdatione semper, nempe si promittat se, si victus erit, res omnes aut earum æstimationem restituturum, datis in eam rē fidejussoribus: cum cautione aliquando, nēpe ubi distractio necessaria, vel ob conditionem rei, alioqui perituræ, quales sunt res edules, vel ob impensam ad res hereditarias reficiendas tuendasve *d* necessariam. In exactione pecuniæ hereditati debitę solis bonę fidei possessoribus tributum, ut eam privato judicio exigere possint à debitoribus hereditariis: tributum & hoc, ut possint rem ab aliis possessam vindicare: sed utrumque sub hac conditione, si hereditati prejudicium non fiat. Non fit autē prejudicium hereditati, si periculū est, ne inter *e* moras judicii actiones intercidant. Negligente possessore etiam petitor ad easdē actiones admittitur, qui etiam una in re possessore superior est, quod citra metum *f* excep-

b l.31.§.3.l. ei qui. 54. §. ult.l.non solū. 53. hoc tit. ut tamen negligentia bonæ fid. possessoris ve ante motā controversiam deteriore factâ excusetur. d.l.31.§.3.

c l.5.§.ult. ff.l.ult.pr.C. eod. aut majori causa præjudicetur per minorem l. per minorem. 54. de jud.

d d.l.5.pr.d. l. non solum. 53. hoc tit.

e l. si bonę fid. 49. eod. ubi verba inter moras judicii significant inter moras judicii accepti. l. fructus. 33. de rei vind. l. si quis tutor. 60. §. quid ergo. de rit. nupt. diss. Cuiac. 20. obs. 35.

f Exceptionem intellige de præjudicio hereditatis, quod hic nullum metui potest, neq; in persona possessoris, qui hereditatē non petit; neq; petitoris, quia nemo fraudatur, qui scit & consentit: ac nec fit injuria possessori rei, qui restitutione liberatur, eo quod sine dolo possidere desinat. l. 36. pr. de rei vind. In personam a. agere aliâ conditione non potest petitor, quam quâ possessor: quia periculum est, ne si debitor alii, quam creditori solverit, iterum conveniatur. objstare videtur. l. 13. de except. cujus peculiarem interpretationem vide apud Zaz.

tionis

tionis in rem agere potest. In actionibus creditorum suscipiendis, quod in administratione postremum est, idem metus, ne præjudicium hereditati *g* fiat. Sed ne controversia litigantium aliis *h* obsit, Justinianus veterum varietate coarctatâ constituit, licere omnibus creditoribus etiam lite hereditatis nondum finitâ citra ullum impedimentum litigatores convenire, legatariis quidem solum heredem scriptum, cui vicissim illi caveant, aut pro *i* qualitate personæ satisdent se, testamento inutili pronunciato, acceptum cum usuris quadrantibus restituturos: creditoribus hereditariis *k* ambos indifferenter, quibus solventibus & succumbentibus vicissim consulitur, possessori per retentionem, petitori officio judicis aut actione negotiorum gestorum aut condictione ex lege. Libertatis præstationem in annum differri voluit, si tam diu duraret hereditatis judicium. *l*

Immunitas duabus in rebus posita; in periculo amovendo, si possessor se obligavit nomine hereditatis; veluti si vicino caverit damni infecti, aut re distractâ obstrictus sit *m* emtori; tum in sumtibus sarciendis, ut impensas necessarias & utiles deducere liceat, voluptarias, quod sine incommodo rerum hereditariarum fiat *n* detrahere. Sed hujus rei diligentior tractatio instituetur in loco de rei vindicatione. Una species, quæ hujus judicii propria, hoc loco non est prætereunda, solutio creditoribus aut tanquam creditoribus hereditariis à possessore facta. Sic habe. Si solutio hereditati utilis, deducit, quod impendit, si inutilis, non magis, quam reliquas similes *o* impensas. Sic porrò solutio utiliter facta censetur, si per eam liberatio hereditati, & per hanc vero heredi contingat: sin minus, inutilis habebitur. Igitur quod solutum est, aut indebitum fuit, aut debitum. Si in-

g Atq; idcircò olim nocuit hac exceptio creditoribus pendente hereditatis controversia cum possessore aut petitore hereditatis agentibus. l. ult. pr. C. hoc tit. l. 7. ff. eod.

h Nere calumniis trahantur creditores aut legatarii subornatio, qui hanc actionẽ instituant. Sich. in d. l. ult. C. hoc tit. n. 4.

i Quod judicẽ arbitrari & æstimare debere vult Sich. in d. l. ult. n. 6.

k Quia cum creditores non habeant causam ex testamento, etiam ab herede legitimo rectè petunt. Sich. d. loc. n. 7. porro creditores nõ cavent, quia creditũ semper debetur, sive valeat testamentum, sive corruat.

l Tardiùs concedendum erat, quod datum non adimitur, quale est libertas. tit. C. si adv. lib. hac a. omnia constituta sunt à Justiniano in l. ult. C. hoc tit.

m l. illud. 40. §. pen. d. l. 20. §. sed etsi pen. eod.

n l. si à domino, 36. §. ult. & 3. ll. seq. eod.

o l. plane. 38. & l. seq. eod.

debitum nihil p deducitur ne à bonæ fidei quidem possessore. Sanè si bonæ fidei possessor, dum se necessitate præstandi teneri putat, justo errore ex ipso testamento nato ductus indebitum solverit, hactenus ei ex æquitate subvenitur, ut, si id, quod dedit, repetendo consequi non valeat ab eo, cui solvit, cessis adversus eum actionibus q deducat de hereditate. Si debitum fuit, interest, suo nomine id possessor solverit, an hereditatis. Si nomine hereditatis creditori hereditario solvit, sive bonæ fidei possessor est, sive malæ fidei, ipso jure victorem heredem r liberat; si suo nomine, liberat eum per exceptionem doli mali, volens solutum apud creditores manere & in debitum hereditarium cedere. Utroque igitur casu s uterque possessor id, quod ita solvit, tanquam utilem impensam deducet. Hoc unum in posteriore specie inter possessores interest, quod à bonæ fidei possessore nulla hìc cautio exigatur, tantum ut condictionem indebiti, quam adversus creditores habet, heredi præstet: à malæ autem fidei possessore non exigatur, ut cedat condictionem, quam non habet, sed ut caveat, heredem adversus creditores iterum petentes, defensum iri. t

p d.l.20.§. sed si vendidit. & merito: quia hæc impensa hereditati inutilis, quæ nihil debuit.

q Hæc sententia est l. quod si possessor. 17. hoc tit.

r l.5.C.eod. nã unusquisq; pro alio solvere potest, ita ut eum etiam ignorantem & invitum liberet. l. solvendo. de neg. gest. l. solutione. l. solvere. 53. de solut. nec movet. quod. d.l.5. loquatur de bon. fid. possessore: nam & bon fid possessor nomine hereditatis solvere potest, & ut sibi prospiciat, solet, cum de jure suo cœperit dubitare, fortè lite de hereditate ei motâ.

s Nam decisio d.l.5. etiam ad malæ fid. possessorem pertinet. d.l.38. d.l.17. hoc tit. & enim quod isto animo solvit, bonâ fide solvit, agens ex præscripto naturalis & civilis rationis. d.l. solvendo. de neg. gest.

t d.l.17. at quorsum hæc cautio, cum petitori adversus creditores agentes exceptionem concedamus? nempe ad hoc, ut sumtus judicii & molestiam in exceptione probanda declinet, iisq; oneret possessorem.

CAP. XXXIV.

Si pars hereditatis petatur.

QUæ de tota hereditate petenda diximus, eadem & de petitione partis intelligenda sunt. Nihilominus tamen ad removendas nonnullas dubitationes, quæ in partis petitione incidere solent, separatum de ea tractatum Consulti fecere. Existunt

hæ

hæ dubitationes in ſingulis ferè partibus hujus petitionis. Primum de petitore ambigi poteſt, poſſitne aliquando ei, qui totam hereditatem vindicat, partis petendæ imponi neceſſitas. Sed reſponſum poſſe, modò poſſeſſor paratus parte hereditatis *u* cedere. Secundò de poſſeſſore hæ dubitationes. Aut unus eſt poſſeſſor, aut plures. Propone unum tantum eſſe, & hereditatem totam poſſidere: Licebitne petitori partem tantum ab eo petere? Placet licere: facultatem enim agendi non ex perſona poſſeſſoris, ſed ex jure petitoris *x* æſtimandam. Quid ſi & poſſeſſor poſſideat & petitor? Placet invicem petere *y* debere. Si duo poſſideant, & duo ſint, qui ad ſe partes pertinere dicant, non ſinguli à ſingulis petent, ſed uterque ab *z* utroque. Sed ſi duo ſint heredes, quorum alter poſſideat hereditatem cum extraneo, utilitatis cauſa *a* receptum eſt, ut à ſolo extraneo pars peti debeat. Idemque placuit, & ſi petitor quoque partem poſſideat. Finge duos eſſe heredes, ambos & ſimul extraneum, quemque trientem poſſidere: heres uterque pro ſextante adverſus extraneum actionem *b* dirigere debet. Cur enim circuitione neutri pro futurâ utantur? Enimverò hæc ita ſunt, ſi partes pro indiviſo pôſſideantur: Secus eſt, ſi res diviſæ aut *c* diſtincta corpora. Tertiò de re petita quæritur, quam partem, qui ſe pro parte heredem dicit, petere poſſit, utrùm quæſitam tantum, an verò & eam, quæ ſperatur acceſſura. Et Gajus *d* reſpondit, quæſitam duntaxat, non etiam ſperatam peti poſſe: ne in pendenti ſit judicium, quod natura

u l. permittē dum. ff. h. tit. ſi pars hereditatis pet. quod ipſum & ad alias controverſias pertinet, ubi reus nomine totius conventus de parte confitetur. l. quidam. 21 de reb. cred.

x l. 1. §. 1. hoc tit. adde Oldendorp. act. claſſ. 5. act. 5. n. 6. Gomeſ in l. Tauri. 45. n. 155.

y d. l. 1. §. quinimò. verſ. & ſi poſſeſſor. hoc tit.

z d. § quinimò. & l. pen. eod. nec intereſt, qui poßident, heredes non ſint, an mei coheredes. ut in ſpecie l. 6. eod.

a Ex ſententia Pegaſi d. l. 1. §. 3. nempe ut moleſtus & inutilis non mihi ſolùm, ſed etiam coheredi circuitus vitetur, ac nec extranei intereſt, cum parſ, quam ille pôſſidet, non ſit ejus. Æquiſsimum n. eſt. quod mihi non nocet. alteri prodeſt, id illi tribui. l. 2. §. item Varus. in fin. de aq. pluv. arc.

b d. l. 1. §. pen. quamvis & hic ratio ſummi juris facit, ut heredes invicem alter ab altero ſextantem petere debeant.

c Nam cum in ſingulis illis rebus & corporibus ego partem pro indiviſo habeam, neceſſe eſt eam me petere ab eo, qui eam poſſidet. l. 8. de rei vind.

d In l. 2. hoc tit. ratio ſubjecta eſt in l. non quemadmodum. 35. de jud. adde quod natura petitionis hereditatis facit, ut hereditatem partemve ejus rectè quis petat ſuam. l. 10. de her. pet.

ejus non patitur. Sed & de parte quæsita dubitatum possitne ea peti, si incerta sit. Et hujus etiam partis petitio justa de causa *e* concessa est, nempe quoties incertitudinem adfert ipsarum rerum conditio, veluti si mulier prægnans sit, incertum est, quod nasci turi sint. Sed prudentissimè juris auctores hanc incertitudinem ad certitudinem aliquam tantisper revocarunt, quasi tergeminos paritura esset, post deinde ad naturæ veritatem ut reditus *f* fieret. Postremò de fine & effectu hujus petitionis una dubitatio, pro diviso, an pro indiviso pars peti & restitui debeat: sed obtinuit nihil amplius pertinere ad officium judicis, quam ut partem restitui jubeat pro *g* indiviso. Nam ut à communione discedatur, non hoc judicio, sed familiæ erciscundæ consequimur.

e d.l.1.§.ult. hoc tit. conjunct. l. quæ de tota. 7. §.1. de rei vind. ald. Pac. 3. q. 9.

f l. 3. hoc tit. cujus plenam interpretationem habes apud Greg. Lopez. anim. advers. c. 11.

g l. non possumus. hoc tit. & ratio in promtu: nam hæres pro parte indivisa aliam partem vindicare non potest, nec judex jubere aliam partem restitui, quam quæ petita est. l. ult. C. de fideic. lib.

CAP. XXXV.

De rei vindicatione.

HAbemus actionem in rem de universitate: sequitur rerum singularum petitio, quæ per antonomasiam rei *h* vindicatio appellatur. Rei vindicatio, est actio in rem, per quam rem *i* unam aliquam *k* corporalem *l* nostram, & tanquam *m* nostram petimus ab eo, qui eam possidet. Hæc definitio perfectè complectitur, & quod commune est hujus actionis cum reliquis in rem actionibus. & quod ipsa proprium habet, quo à cæteris omnibus discernitur: sicut ex iis, quæ deinceps dicturi sumus, lucidè apparebit. Visiones igitur hic eædem illæ quatuor, quæ in præcedentibus;

h De cujus vocis etymologia vid. Don. Gifan. Tuning. in §. appellamus. Inst. de actionib.

i l. 6. hoc tit. de rei vind. unde etiam actio in rem specialis. & singularum rerum petitio dicitur. l. 1. § 1. l. in speciale. 73. ff. eod l. 7. C. de pet. her

k Mobilis sit, an solo contineatur, nihil interest. in d. l. 1. §. 1. hoc tit.

l Ad differentiam prætoriarum in rem, quæ competunt de rebus non verè nostris, ut mox amplius.

m Quo removeantur actiones in personam depositi, commodati, locati: quibus quamvis actor rem suam petit, non tamen intendit suam esse nec de dominio intendit, aut hoc agit, ut dominus declaretur. Gifan. in l. 25. de oblig. & act. n. 37.

tibus;

tibus; cui competat; adversus quem; qua de re; cujus rei gratiâ. Competit rei vindicatio soli domino, id est, qui aut gentium jure aut civili dominium *n* acquisivit, quæsitumque adhuc *o* retinet. Constans hæc definitio est ut neque dominii *p* qualitas, neque titulus *q* possessionis, neque extranei *r* alienatio hanc actionem impediant. Sed tamen id non ita perpetuum est, quin aliquando justa de causa removeatur exceptione. Nascitur hæc causa possessori ex iis factis omnibus, quibus intervenientibus alius pro domino haberetur. Facta hæc aut ab ipso domino, aut à decessore ejus. A domino quatuor; transactio; jusjurandum; res judicata, unde & possessori totidem *s* exceptiones; traditio rei, cujus dominium is, qui ex justa causa tradidit, postea acqusivit, unde possessori exceptio doli mali seu in factum *t* comparata. A decessore, si eidem ex ipsius factis hæ exceptiones *u* obstitissent. Una etiam causa est, ob quam hæc actio ipso jure domino denegatur, nempe si is tignum suum vindicet alienis ædibus *x* junctum. Cæterum cū magna difficultas hîc domino oboriatur in dominii *y* probatione, remedia ei duo proposita sunt, quibus eam difficultatem evitet: unum, ut potius interdicto aliquo possessionem ad se *z* traducat, si potest: sin minus, ut Publicianâ in rem actione experiatur.†

n l. in rem, 23. pr. hoc tit. d. l. 25. d. O. & A. unde hîc proprietas verti dicitur, sicut in interdicto possessio. l. 14. §. ult. de exc. rei jud.

o Finge fundum alicui in diem addictū esse: ante adjectionem vindicare poterit: postea non poterit. l. si quis 41. pr. hoc tit.

p Forte quod dominium à nobis alienum speratur, existente v. c. conditione legati. l. non ideo. 66. eod.

q Quamvis pretium pro re solutum. l. 3. l. 23. C. eod. ubi similes locos notat Gothofr.

Competit hæc actio adversus rei, quæ petitur, *a* possessorem. Verbum possessoris hîc quoque plenius accipimus, ut eo contineantur ii omnes, quos

r d. l. 3. l. 14. C. eod. adde Sichard. in d. l. 3.

s Quibus constat omnem rerum jure communi tutum esse adversus eum, à quo illa facta nata sunt. tit. Inst. de except. *t l. si à Titio. 72. hoc tit. l. 4. §. si à Titio. 32. de dol. except.* *u Exempl. in l. 14. C. hoc tit. & est axioma vulgatum; heres præstat factum defuncti. cujus axiomatis ratio, quia adeundo hereditatem in id consensisse videtur. l. 7. C. de lib. ca. facit. l. 149. l. 175. l. 177. de R. I.* *x l. 23. §. ult. hoc tit. l. 7. §. cum in suo. de acq. rer. dom. vide lib. 1. c. 23.* *y l. is qui destinavit. 24. hoc tit. junct. l. 2. l. 19. de probat.* *z d. l. 24. & consequenter commodo possessoris fruatur. l. exitus. 35. de acq. poss. l. 23. C. de prob. §. 4. Inst. de interd. Menoch. 6. præs. 69. & adipisc. poss. rem. 4. n. 791. & seqq.* *† l. 1. de publ. in rem act. vide infr. cap. 38.* *a l. 25. de O. & A. l. qui petitorio. 36. hoc tit. l. 24. §. ult. de jud. Duæ igitur hujus actionis causæ; ab actore dominium; à reo possessio. Schneid. in §. 1. Inst. de act. n. 61. & DD. comm.*

petitione hereditatis teneri suprà diximus. Primum igitur eum maximè hoc verbo complectimur, qui verè possidet sive per se sive per alium. Secundò eos omnes, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ habent *b* facultatem. Planè qui alieno nomine in possessione sunt, his desiderantibus spacium datur, intra quod denuncient auctori suo litem de proprietate sibi moveri, qui si ad constitutum diem non adfuerit, judicium ita peragitur, ut absens quoque possessionem ejusque commoda *c* amittat. Tertiò continetur is, qui se liti *d* obtulit. Postremò & qui dolo desiit *e* possidere. Hic si alius possessionem postea nactus sit, idem per omnia observabitur, quod in eadem re observari diximus in petitione hereditatis. De titulo possessionis nihil hic adjecimus, contrà quam in judicio de hereditate. Varietatis ratio, quæ suprà quoque reddita, hæc est, quod rei vindicatione solus agat dominus, cui æquum est rem restitui, quocunque titulo ea possideatur: at hereditatis petitione experitur heres, cui, cum fieri possit, ut is rei hereditariæ dominus non sit, non mirum est justo titulo possidentem in pari causa *f* præferri. Hinc & illud natum, quod possessor hereditatis titulum possessionis suæ dicere cogatur, cæteri possessores non cogantur, quod incivile sit re supervacuâ quemquam *g* onerari. Competit ergo rei vindicatio adversus omnem possessorem, & competit semper, si eas causas exceperimus, ex quibus aut ipso jure domino denegatur, aut possessor exceptione defenditur. Denique & adversus possessorem solum *h* competit: usque adeo ut ne heres quidem possessoris tanquam *i* heres hac actione teneatur. Planè interdum

b Eamque magis hic spectari oportet, quam possessionis qualitatem. l. 9. hoc tit.

c Summatim tamen prius discusso negotio. l. 2. C. ub. in rem act. ubi Vult. n. 23. C. ult. §. quoniam X. ut lit. non contest. Quid si V. C. colonus non nominato domino judicium acceperit? sententia non præjudicabit domino neque in proprietate neque in possessione. Innoc. in d. c. ult.

d l. 25. hoc tit. ubi una quoque tenetur possessor. l. 7. eod.

e l. 27. §. 3. l. 36. eod. idemque & in hoc & in superiore casu observatur, quod in petitione hereditatis.

f l. 2. C. de pet. hered. vid. suprà cap. 22. lit. V. circa medium.

g l. cogi. 11. C. d. tit. junct. argumento in l. hæc stipulatio. §. 1. ut leg. seu fid. nom. cav.

h d. l. 6. hoc tit. atque hinc declinari hoc judicium potest, si possessor dicat se non possidere. l. ult. eod.

i Nam si possideat, tenetur ut possessor. l. si in rem. 42. l. si in rem. 51. & seq. eod. & si unus possideat ex pluribus, hic solus tenetur. l. si possessor. 55 eod. rem. n. semper sequitur, non personam.

nonnihil

nonnihil intereſt, utrum ante litem conteſtatam poſſeſſor deceſſerit, an judicio jam cœpto. Si ante, nec heres poſſideat, nunquam tenebitur: ſi poſsideat, jam non ut heres tenebitur, ſed ut poſſeſſor. Enimverò ſi poſſeſſor malæ fidei fructus ex re petita perceperit, placet quidem eo nomine heredem non poſsidentem, quatenus locupletior factus eſt, conveniri poſſe, ſed actione in factum, quæ non in rem, ſed in k perſonam eſt. Quod ſi poſt acceptum judicium poſſeſſor deceſſerit, hîc ſi quid à defuncto commiſſum ſit, quamobrem ipſe damnari l deberet, heredem placet in eadem cauſa eſſe, eamdemque condemnationem ex perſona defuncti ſubire, tranſlato etiam in non poſsidentem judicio, ſecum porrò trahente adjunctam rei m vindicationem. Effectum igitur eſt, ſolum poſſeſſorem hac actione conveniri poſſe. At quid fiet, ſi is, qui poſſidet, neget ſe poſsidere? Si id in jure interrogatus fecerit & convincatur, transfertur ab eo poſſeſsio. Sin in jure interrogatus tacuerit, aut obſcure reſponderit, placet eum pro poſſeſſore habendum. n

Qua de re hæc actio competat, breviter complexa eſt definitio. Id paulò explicemus plenius. Summa hæc eſt: Competit in rem actio de re corporali noſtra, eaque una aliqua & certa, ſive tota ea petatur ſive pars, quam & ipſam certam peti oportet, niſi juſta cauſa interveniens partis incertæ petitionem admittat. Principio competit de re corporali: mobilis ea ſit, an ſoli nihil intereſt. De rebus incorporalibus, quales ſunt ſervitutes, non competit. Hoc eò pertinet, ut ſciamus, actiones, quæ de ſervitutibus competunt, etſi & ipſæ in rem ſunt, tamen toto genere ab hac actione differre. Differentiæ inter has actiones, ut hoc in tranſitu tangamus, inſignes duæ. Una hæc, quod rei vindicatio nunquam verbis negantibus concipiatur. Hoc ideo, quia in hac actione

k *l. cum autem. 52. eod. nata nimirum ex maleficio defuncti, & prodita iis cōſtitutionibus, quibus placuit turpia lucra heredibus quoque extorqueri: ne alieno ſcelere ditentur. l. 5. ff. de calum. l. un. C. ex del. def. in qu. her. ten.*

l *d. l. 42. ut ſi deſierit dolo poſsidere, aut ſi res dolo culpave poſſeſſoris perierit. l. illud. 40. de pet. hered.*

m *Principaliter a. hic transfertur actio judicati, quæ in perſonam eſt. l. 3. §. idem ſcribit. de pecul.*

n *l. 11. §. 4. de interr. in jur. fac. facit l. ult. hoc tit. ſed hujuſmodi interrogationes in curiis noſtris minus frequentari teſtatur VVeſenb. in hunc tit. C. n. 10.*

actor inficiando nihil proficit: non enim qui negat rem aliquam corporalem possessoris esse, is continuò evincit *o* suam esse. De servitutibus verò duplex actio prodita, confessoria servitutem vindicanti, & negatoria neganti se servitutem *p* debere. Contrariâ nimirum ratione, quia qui servitutem se debere negat, vi ipsa aliquid suum esse affirmat, quod & ipsum per inficiationem vindicat, rei videlicet suæ *q* libertatem. Altera est, quod actio in rem de rebus corporalibus nunquam ultro possessori *r* datur: quippe cui sufficere debet, quod possideat. Quid quod ipse suâ se intentione excludit. At in servitutum vindicatione nihil prohibet, eundem & petitorem esse & possessorem: contrariâ iterum ratione, quia in his possessio non sufficit: ut pote quæ, ut in alieno omnis habetur, ita adimi ab eo, in cujus potestate est, facilè possit, puta sublato pariete aut tigno exemto. Sed pergo ad reliqua. Secundò competit rei vindicatio de re corporali nostra. Rem nostram hîc accipimus, quæ propriè nostra est, jure scilicet dominii: quâ adjectione removentur actiones in rem *s* prætoriæ, quarum nulla est de rebus verè nostris, sed tantum ad jus nostrum pertinentibus. Sed neque sacra, quamvis privata & nostra, aut religiosa hac actione petuntur, non aliâ item de causa, quam quod in dominio nostro *t* non habentur.

Liberi quoque nostri, ut maximè sint in potestate nostra, in dominio tamen non sunt, ideoque non magis, quam superiora, hac actione peti possunt, nisi adjectâ causâ ex jure Quiritium: sed petuntur aut præjudiciis, aut interdictis, aut *u* cognitione prætoriâ. Tertiò rei appellatio in hac actione non genus, sed speciem significat, id est, rem unam aliquam *x* singula-

o *Neque enim sequitur, fundus, quem possides, non est tuus, ergo est meus: potest enim esse tertii alicujus. l. 15. in fin. de exc. rei jud.*

p *l. 2. si serv. vind. §. æque. Inst. de action. ubi vid. Don. n. 3. & seqq.*

q *Unde apparet etiam hanc actionē vi ipsâ & effectu confessoriam esse, quamvis, dū servitus negatur, quod fit ab initio, dicatur negatoria. Don. d. loc. n. 17.*

r *l 1. §. 6. uti possid. d. §. æquè. Inst. de act. intellige a. si corporaliter possideat: nam civiliter tantum possidenti adversus eum, qui naturaliter rem tenet, dari non est ambigendum. l. 9. hoc tit.*

s *Quales sunt, publiciana de rebus bona fide possessis, Serviana & hypothecaria de pignoribus.*

t *l. in rem. 23. §. 1. l. quæ religiosis. 43. hoc tit. junct. l 1. de rer. divis.*

u *l. 1. §. 2. hoc tit. & ibi Bart. adde Oldendorp. class. 3. act. 2. VVesenb in hunc tit. C. n. 19. & seq.*

x *l. 6. hoc tit. nam quod Dialecticis est individuum, id nostri speciem vocant, id est, rem unam aliquam singularem subjectam oculis, quæ speciem, hoc est, cerni & demonstrari potest.*

ſingularem: nam de pluribus rebus comprehenſim hæc actio non datur. Proinde nec peculium, nec ſupellex, nec armamenta, nec alio verbo collectivo res plures, quarum non eſt unum corpus, vindicare licebit, ſed ſingulæ res nominatim *y* deſignandæ, atque ita vindicandæ ſunt. Corpora verò omnia verbo communi rectè *z* vindicantur. Sunt autem corporum tria *a* genera; unum, quod uno ſpiritu continetur, ut homo, tignum, lapis: alterum, quod ex pluribus corporibus cohærentibus conſtat, ut ædificium, navis, armarium: tertium, quod conſtat ex diſtantibus corporibus uni nomine ſubjectis, ut grex armentum, equitium. Quartò certam rem peti oportet, id eſt, ita deſignari quacunque demonſtratione, ut poſsit *b* intelligi; ne fruſtra lis ſuſcipiatur. Poſtremò eadem lege & partem pro indiviſo vindicare debeo: ut dicam, dimidia, tertia, quarta pars in fundo, quem Titius poſſidet, mea *c* eſt. Sanè ubi juſta eſt hujus indiviſæ partis ignorantia, quam puta vel factum alienum, vel rei noſtræ cum aliena confuſio aut commixtio peperit, etiam incertæ vindicatio admittitur: ſed initio tantum & pro intentione petitoris: nam ubi ad probationem ventum eſt, ſi ne tunc quidem appareat, qua de parte actum ſit, nulla fieri poteſt condemnatio. *d*

y l. 3. §. 1. l. vindicatio. 56. eod. Hinc eſt, quod DD. libellum generalem hic non admittant. utique ſi quæ res principaliter petantur: nam cum acceſſoriè quid petitur, incerta & generalis petitio admittitur; ut, peto caſtrum cum pertinentiis, fundum cum fructibus perceptis & percipiendis: ita hoc declarat Schneid. in § curare. Inſt. de act. n. 19. conſentit Guido Pape. q. 148. Verum in his nihil neceſſe eſt vel generaliter exprimi, cum rei petitæ inſint aut accedant. per. l. 10. §. 1. de uſuc. z *d. l. 1. §. ult. & ſuffic. V. C. in grege majorem capitum numerum, modò gregi conficiundo ſufficiat, meum eſſe. d. l. 1. § ult. & l. ſeq. eod. Sed & totus grex noſter intelligitur, etſi capitibus iis, ex quibus initio conſtabat, amiſſis alia ſubſtituta. l. 3. eod. facit l. proponebatur. 76. de jud.* a *l. rerum. 30. pr. de uſuc. quæ diſtinctio à Stoicis ſumta. vide Cujac. 26. obſ. ult. & 15. obſ. 33.* b *l. 6. hoc tit. ut, ſi res ſoli ſit, dicatur nomen & locus, finibus quoque ac limitibus ſuis determinetur. Schneid. in § 1. Inſt. de act. n. 139. c. 2. ubi DD. X. de libell. oblat. ſi mobilis, in ſervo nomen, & ſi plures cognomines alia quoque qualitates: in animalibus ſexus nomen & color: in rebus inanimatis, in materia infecta pondus, in ſignata ſpecies ac numerus nummorum &c.* c *d. l. 6. l. 35. §. ult. l. quæ de tota. 76. hoc tit. nota obiter partem indiviſam, quamvis corporis demonſtratione incerta eſt, certam tamen eſſe quantitate. quod hîc ſufficit.* d *d. l. quæ de tota. §. 1. l. 3. §. ult. l. 5. pr. & §. ult. hoc tit.*

CAP.

CAP. XXXVI.

De fine & effectu petitionis in rei vindicatione.

SUperest postremus locus, cujus rei obtinendæ gratiâ in rem actio competat, seu finis hujus actionis, ad quem obtinendum comparata est. Is finis etiam hîc duplex; unus petitori propositus; alter possessori. ac uterque suum effectum jure adjunctum habet. Petitoris finis antecedens quidem hic, ut dominus rei petitæ sententiâ judicis declaretur: consequens verò & summus, ut res petita cum omni causa ei restituatur, id est, id omne, quod habiturus foret, si tempore litis contestatæ res ei restituta *e* fuisset. Quatuor his verbis continentur; res ipsa petita; ejus rei accessiones; partus & fructus; lucra per causam rei petitæ possessori obtingentia. Hæc omnia restituenda, sed cum hac exceptione, ne petitor postulet *f* locupletior fieri cum aliena jactura. Principio igitur possessor, qui nullam exceptionem initio *g* objecerit, rem ipsam restituere debet. Et siquidem eam possideat tempore rei judicatæ, nihil est, quod eum juvare possit ad recusandam restitutionem, non quod tempore judicii accepti † non possederit, non quod res inter moras judicii ab eo *h* usucapta sit. Quod si tempore rei judicandæ non possidebit, quod aut periit res aut amissa est, hîc interest, culpane possessoris, an casu id acciderit. Si culpâ, hoc in universum tenendum, omnem possessorem post litem contestatam culpæ nomine teneri, ideoque re facto ejus aut negligentiâ peremtâ, eo nomine eum condemnari in litis *i* æstimationem. Sin casu, placet malæ fidei quidem possessorem, qualis post judicium acceptum est etiam is, qui cum antè bonâ fide possidebat, teme-

e l. Julianus. 17. §. 1. l. præterea. 20. l. qui restituere. 68. pr. hoc tit.

f De quo separatim in persona possessoris, ad cujus jus hoc pertinet, diximus cap. seq.

g l. 9 eod. quo loco exceptionem Ic. intelligit unam aliquam ex iis, quibus petitorem in hac actione diximus removeri.

† l. sin autem. 27. §. 1. eod. finge rerum omissâ quæstione possessionis judiciũ suscepisse.

h l. si post. 18 eod. quamvis enim lite contestata non interpellatur rectè cœpta usucapio. l. 2. §. ult. pro emp. hîc tamen pro justa acquisitione non habetur: quia res initio litis debuit restitui.

i l. qui petitorio. 36. §. 1. l. si culpa. 63. hoc tit. extra culpam tamen est possessor, qui re usus est ad eum usum, ad quem comparata est, & in eo recti usus servavit modum, licet propter hunc usum res perierit. exempl. in l. 16. §. 1. hoc tit.

rè ad

rè ad judicium provocavit, adhuc teneri, quasi res extaret, non teneri possessorem bonæ fidei, qualem in proposito post litem contestatam etiam accipimus eum, qui ab initio bona fide possidens justè ad judicium *k* provocavit: illum enim moram in re restituenda facere, cujus hæc vis, ut obligationem & actionem *l* perpetuet: hunc non facere, ideoque nec fatum *m* præstare. Cæterum duæ omninò sunt causæ, ex quibus re casu amissâ nec malæ fidei possessor tenetur: una, si res eodem modo peritura fuisset apud petitorem, ut nec *n* pretium fuisset consecuturus: altera si rem ex necessitate, puta corruptioni obnoxiam, distraxit, quo casu pretium duntaxat restituere tenetur, non veram *o* æstimationem. Non est satis rem restitui, nisi restituatur in eadem causa, id est, qualis erat, cum in judicium *p* deducta est. Proinde si possessor rem post litem contestatam usucaptam à se oppigneraverit, aut servũ usucaptum manumiserit, aut rem deteriorem factam, puta animal debilitatum vulneratumve restituerit, non *q* liberabitur. Quia verò hæc latere possunt tempore restitutionis, adversus hoc periculum hæc provisio est, ut possessor caveat, nihil se in ea re dolo aut culpâ fecisse: quâ cautione expositâ tenebitur in id, quod petitoris interest, rem rectè restitui. De re deteriore facta est etiam actio legis Aquiliæ de damno dato: quæ etiam re casu peremta adhuc durat, cessante licet in rem actione. *r*

Rem petitam proximè sequuntur accessiones. Sic nunc propriè voco ea omnia, quæ rei petitæ aliunde accesserunt *s* qualia sunt, quæ per alluvionem adjiciuntur, insula, alveus à flumine desertus, ædificium in area petita positum, ususfructus cum proprie-

k *Vid. l. illud. 40. de her. petit. l. 15. §. ult. d. l. 16. pr. hoc tit.*

l *l. ult. de cond. furt. l. pen. unde vi. l. si servum. 91. §. sequitur. de V. O.*

m *l si quis solutioni. 24. pr. de usur. junct. l. si ex legati. 23. de V. O.*

n *l. 14. in fin. depos. sicut & in petitione hereditatis. d. l. illud pr. de her. pet.*

o *l. 15. §. 1. hoc tit. constat a. eo loco agi de distractione, qua fit pendente lite proprietatis: & quæri, non an pretium sit restituendum, sed an pretium duntaxat, an vera rei æstimatio.*

p *l. 2. de usur. ut petitor consequatur, quod habiturus fuisset re initio litis restitutâ. l. 20. hoc tit.*

q *l. 18. l. 13. hoc tit. adde d. l. 20. l. si homo. 45. eod. ubi cautionis, quæ sequitur, fit mentio.*

r *l. 13. in fin. l. 14. l. sin autem. 27. §. 2. eod. de con. ursu plurium actionum habes integrum caput hu, ne libri. 42.*

s *Vide fructus. l. 33. in fin. & l. seq. ff. l si in area. 16. C. hoc tit.*

si *d* perceperit. Tertiò omnes possessores in hanc restitutionem post litem contestatam includimus, ut non solum perceptorum fructuum, sed etiam eorum, qui percipi potuerunt, in omnibus ratio habeatur, neque cuiquam patrocinetur, quod aut justo titulo rem possideat, aut ad judicium justè provocaverit: eoque pertinet, quod dicitur, post litem contestatam omnes possessores pares *f* esse. Quartò superioribus consequens est, ut omnium rerum, ex quibus modò percipi fructus natura aut jure potest, etiam earum, quæ usu *g* consumuntur, fructus æstimari debeant: usque adeo, ut & fructuum fructus & accessionum *h* præstentur. Duo tantum sunt rerum genera, ex quibus placet fructus perceptos duntaxat restitui, non perceptorum rationem nullam haberi. Prius genus est earum rerum, quæ opera & beneficio possessoris rei accesserunt: finge servum petitum aliquod artificium à possessore edoctum: improbè desiderabit petitor eos fructus æstimari, quos possessor percipere potuit, nec *i* percepit. Alterum genus est earum rerum, quæ usu *k* consumuntur, ut pecuniæ numeratæ, cujus fructus usuræ; frumenti, olei, vini mutuò dati, quorum fructus additamenta dicuntur. Cur igitur aliarum rerum, quamvis natura fructum non ferant, fructus, qui percipi potuerunt, æstimantur, non æstimantur usuræ, quas percipere potuit, qui pecuniam non attingit? nimirum rectè exigitur, ut possessor præstet, quod dolo malo

d *Finge nuda proprietatem dominum petisse, deinde inter moras litis usumfruct. in amissum ad proprietatem redusse: fructuum ratio habebitur ex eo primum tempore, quo ad proprietatem ususfructus reversus est. d. l. 33. aliud exemplū in l. 35. eod. in pr.*

f *l. sed etsi. 25. §. si ante de her. pet. l. certum est. 22. in fin. C. hoc tit. Quid si titulo possideant? Dom. bend. prax. civ. c. 104. n. 19. existimat eos, quamvis malâ fide possideant, de nō perceptis non teneri, secutus gloss. in l. 17. C. hoc. tit. Bart. & DD. citr. m. ō. omnes qui omnes excepto Castr. & Sal. idem sentiunt. sed perperam. & refelluntur per text. expressum in l. 10. §. & fructus. 20. quæ in fraud. cred. Ultramontani quoque, ut Pet. & Cyn. hic à gloss. dissentiunt, teste Sich. in d. l. 17. n. 5.* g *Sive ut Papin. loquitur, quæ usu non fruuntur sunt. l. cum in rem. 64. hoc tit. ut in pecunia usura. l. usus. 34. de usur. in frumento, vino, oleo &c. addimenta. l. 12. l. 23. C. de usur.* h *d. l. 33. in fin & l. si q. l. 17. §. 1. eod. nam quod ibi de partuum fructibus scriptum, id multo magis ad fructuum fructus pertinet: estque hoc ipsum disertè traditum de prædone in petitione hereditatis. l. illud. 40. §. 1. de her pet.* i *l. cæterum. 31. hoc tit. idem ergo dicendum est, si possessor in area petita ædificium posuit, & cum id locare posset, pensionemque percipere, non fecit: Satis enim esse debet petitori, quod beneficio possessoris accessiones illas percipiat.* k *l. si navis. 62. hoc tit. quod & in pecunia hereditaria placuit. l. item veniunt 20. §. Papinianus. de her. pet.*

aut culpa sua non percepit: illud non rectè ut novum sibi periculum *l* arcessat. Quod si qui fructus ante litem contestatam percepti sunt, ii proprium corpus constituunt, ut in hoc judicium tanquam rei petitæ accessiones venire non possint: sed si petitor etiam eos jure consequi potest, alia actione nominatim petendi sunt. De quo sic habe. Malæ fidei possessor si quos fructus percepit ante litem contestatam, eos omnes cum ipsa re præstare *m* debet, teneturque eo nomine de extantibus quidem & condictione & rei vindicatione, de consumtis verò *n* condictione tantum. Si nullos percepit, nihil fructuum nomine rectà ab eo *o* peti potest, sed potest per consequentiam, si qua sit adversus eum *p* actio in personam de re ipsa, puta interdictum unde vi aut condictio furtiva. Alia causa est bonæ fidei possessoris. Is fructus omnes, etiam qui naturæ sponte proveniunt, si eos ante litem contestatam percepit & bona fide consumsit, lucratur: solum extantes restituere cogitur, quam rem non alia actio domino proposita, in condictio sine *q* causa. Postremum erat, quousque fructuum præstatio protenderetur. Sic habendum puto. Si res petita sine culpa bonæ fidei possessoris inter moras litis amissa est, fructus in eum diem solum æstimari, ad quem usque *r* possedit: hoc uno autem remoto generaliter definiendum, fructuum rationem usque ad tempus rei judicatæ spectandam, sive res tamdiu extet, sive rei amissæ nomine non minus teneatur possessor, quam si *s* extaret. Quæ tamen definitio non sic accipienda, quasi post rem judicatam nulla

l Hac differentiæ ratione objectiqnem istam diluit Papinian. in d.l. si navis.

m Idque est, quod generaliter definitur in l.22.C.hoc tit. malæ fid. possessores omnes fructus præstare, nempe non tantum, qui post litem contestatam percepti, sed etiam qui ante.

n l.3. C. de cond. ex leg. l.4.§. post litem. ff. fin. regund.

o Neque n. vindicari possunt, quos non possedit unquam, eoque nec potest ullo modo videri desiisse possidere: neque possunt per se condici; non condictione furtivâ quia non contrectavit; nõ actione negotiorum gestorum, quia nullius negotium gessit; nõ condictione sine causa, quia nihil apud se habet, aut habuit. *p l. videamus. 38. §. si. actionem. de usur. junct. l.1.§ ex die. 41. l. pen. unde vi. l.8.§. ult. & l. ult. de cond. furt.* *q Dixi lib.1. C.22. praxin tradit Damhoud. praxo. civ. cap. 104. n. 11. & 5. seqq. & ibid. in annot. Nic. Thuldan. sed nescio an usu receptum. quod tradunt.* *r l. si à bonæ. 21. hoc tit. hoc ideo, quia res, quæ ita periit, etiam jure pro amissa habetur, ut possessor ejus nomine non teneatur. l.16. d. l. 21. eod.* *s l.17. §.1. l.33. eod. l.3. § 1. de usur. Poterat dubitari re amissa; siquidem natura repugnare videtur, ut fructus æstimentur ejus rei, quæ non est. Sed ratio juris facit, ut quasi res non periisset, fructus præstentur usque in eum diem, quo sententia dicitur. d. l. 17. §. 1. d. l. 33. arg. l. si servum 91. §. sequitur de V. O.*

porrò

porrò fructuum ratio haberetur. Sanè totum quidem illud tempus, quod judicatis indulgetur, immune est à præstatione fructuum *t* non perceptorum, si moram possessor antè sententiam non fecit: cæterum quin omnes intra id tempus percepti restituendi sint actione *u* judicati non est dubitandum: cum ea intercapedo dilationem dare, non lucrum adferre debeat.

Quartò & postremò in restitutionem hujus judicii venit lucrum omne, quod per causam rei petitæ extrinsecus possessori obvenit. Hoc quadruplex: res omnes rei petitæ delatæ, ut servo petito legatum *x* hereditas; actiones per occasionem rei possessori quæsitæ, puta re usucaptâ actio in rem & ad *y* exhibendum, item actio legis *z* Aquiliæ, non usucaptâ, actio locati, depositi, commodati, fructus & litis æstimatio, quam possessor Publicianâ agens ab alio possessore percepit: denique quod possessor accepit aut pro re ablata, puta agro militibus publicâ auctoritate assignato, aut pro re distracta, ut pretium; ubi id habere expedit petitori. *a*

Fines sibi propositos petitor officio judicis consequitur, in quo effectus hujus judicii cernitur. Officium hoc partim in sententiæ latione, partim in sententiæ latæ executione. De sententia quæstio duplex; an judex omnes superiores præstationes sententiâ suâ complecti debeat; deinde qualem eam sententiam esse oporteat. Primò placet judicem de superioribus rebus omnibus sententiam ferre debere, nec quo minus id faciat, ultrò suo errore *b* excusari: imò ne interitu quidem rei, quamvis re amissâ possessor liberatur, impediri, quo minus pronunciet eandem rem petitoris fuisse, atque in fructus reliquasque accessiones possessorem, pro eo tempore, quo

t Secus tamen, si mora intervenerit: nam si ante propter moram fructuũ præstandorũ necessitate obstrictus fuit, absurdum est eum aut sententiâ aut legitimo temporis spatio ea præstatione liberari l. 3. pr. de usur.

u d. l. 17. §. 1. vers. sed & fructus. hoc tit. d. l. 3. pr. de usur.

x l. prætereà. 20. hoc tit. quæ tamen cõstat in fructu non esse. idéoque nec usufructuario acquiri. l. 21. & seq. de usufr.

y Quæ cederedebet petitori. l. si à bona. 2. hoc tit.

z Quæ & ipsi illi re invito domino post usucapion re quæsita d. l. 17. §. 1. vers. usque adeò. & vers. ult.

a Vid. l. 15. §. 1. & 2. d. l. 17. §. 1. vers. sed & fructus. d. l. 21. eod. *b* l. & ex diverso. 35. §. 1. eod. ubi duplex hujus juris redditur ratio.

possidet *c* cōdemnet. Secundò qualem esse hanc sententiam oporteat, ex intentione actoris, cui omnis sententia subservire debet, sumendū. Is petitione sua duo complectitur: dominum enim primò se esse contendit: deinde rem sibi cum omni causa restitui *d* debere. Ad hanc igitur petitionem judex conformabit sententiam, primò ut pronunciet petitorem *e* dominum esse, deinde si res adhuc extat, eam restitui debere *f* arbitretur, quo jussu una cum re omnis causa continetur. Si paret possessor *g* absolvitur, si non paret, sequitur plena *h* condemnatio ac velut executionem superioris arbitrii continens. Et si quidem rem habet, manu *i* militari officio judicis a recusante restitutionem possessio transfertur, fructusque duntaxat & cætera, quæ non apparent, condemnatione facta æstimantur: si non habet, nec restituere potest, si quidem dolo fecit, quo minus possit, quantum adversarius in litem *k* juraverit, damnādus est. Quod si nullus dolus intervenerit, non pluris damnatur, quam quanti res est, seu in veram rei *l* æstimationem. Quod si res petita in rerum natura esse desierit, hîc post declarationem judicis statim nullo arbitrio *m* præcedente condemnatio fit in æstimationem litis, servatâ in rebus æstimandis eadem distinctione.

c l. 16. eod nec obstat, quod traditur in l. 4. C. depos. actione principali sublatâ, tolli etiam petitionem & condemnationem de accessionibus: actio enim hîc non est sublata: quippe quæ in se simel judicio petitâ, quamvis ea postea perierit, nihilominus tamē durat, cujus rei evidēs argumēt. est, quod judex etiā de ea re pronunciare debet.

d Duplicem hanc conclusionē propriā esse hujus actionis omnes uno ore affirmare testatur VVes. ad hūc tit. C. n. 31. sustineri tamen libellū, quo actor petit rem sibi restitui, quāvis expresse non desideret se dominum declarari, idem ibid. affirmat, & rectè. Nam qui rem sibi restitui petit, per consequentiā etiam se dominū declarari tacitè desiderat: utique si de dominio controversia fit, idque in narratione deductū. VVes. d. loc.

e Quâ pronunciatione non adjudicatur dominū, sed declaratur dominus. l. 35. §. 1. hoc tit. non novum dominium acquiritur, sed acquisitum antea declaratur. l. 8 §. si serv. vind.

f d l. 35. §. 1. id est, jubeat possessorē rem restituere, uti hoc exprimit Vlpian. in l. qui restituere 68. hoc tit.

g Cujus satisfactionis habitâ ratione dictum est olim vulgò omnia judicia absolutoria esse § ult. Inst. de perp. & temp. act.

h Unde apparet actionē hanc verè esse arbitrariā, ut pote cujus absolutio aut condemnatio ex arbitrio judicis pendeat. §. praterea Inst de act.

i d. l. 68 nempe prætoriâ potestate seu manu ministrorum. l. 1. §. 2. si vend. no. mul. hoc est per apparitores seu viatores, qui cum sententias executioni mandedāt. l. 5. §. victus 27. ut in poss. leg. instar sunt militum Oldend. in miscell. post progymnasm. Sanè si victus vi resistat, nec per [illegible] tales res expediri possit, oportet magistratū extra ordinem manu verè milliari uti, ne decreta fiant elusoria. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in possmiss. erit.

k d l. 68. qua de re plura lib. 4 C. 22.

l d l 68. facit l. si culpa. 63. eod. quæ satis arguit, æstimationem hîc non permitti jusjurando actoris, sed à judice fieri. Oldend. class. 3. act. 2.

m ineptum n. & elusorium foret arbitrium judicis de restituendo, ubi non est, quod restituatur. l. 18. §. 1. de dolo.

CAP.

CAP. XXXVII.

Quid possessor judicio rei vindicationis consequatur officio judicis.

HActenus quid actor petat consequaturque diximus: deinceps videndum de possessore. Huic quoque geminus finis propositus, quem & ipse utrumque officio judicis consequitur: unus vincenti, si qua justa ex *n* causa hoc obtinere debeat: victo alter, ut si in damnum propter rem petitam incidat, non ante cogatur rem restituere, quam indemnis præstetur, unde & restitutioni hanc exceptionem adjecimus, dum ne postulet petitor locupletari cum damno possessoris. Damnum, quod possessor hic justè metujt, duplex; præteritum; & futurum. Præteritum versatur in impensis in rem petitam factis. Impensæ non omnes in eadem causa. Quæcunque impensæ fructuum aut quærendorum aut colligendorum aut conservandorum gratia factæ sunt, hæ omnes citra ullam distinctionem ab omnibus possessoribus *o* deducuntur, ut in hac de qualitate impensarum non sit laborandum. Ubi verò in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa impensarum tripartita *p* distinctio constituenda est, ut aut necessariæ sint, aut utiles, aut voluptariæ: quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ impensæ sunt, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, quales sunt refectiones ædificiorum, cultura agrorum, cura & alimonia *q* animalium. Utiles, quæ factæ fructum quidem augent, sed quibus non factis res non minus integra foret, ut si ædificium in area petita positum sit, servi artificium aliquod docti. Voluptariæ, quæ speciem duntaxat ornant sine ulla utilitate, ut viridaria, aquæ salientes,

n Puta si vel non possedit, vel res sine dolo & culpa ejus periit, vel si quam exceptionem objecit, aut si petitor se dominum esse non probavit. l. 4. C. de edend. l. ult. hoc tit. nec necesse est possessori contrà vindicare, ac se esse dominum dicere, nisi & se dominum pronunciari velit. Don. in §. 1. Inst. de act. n. 25. Hotom. ibid. sub fin. VVes. ad hunc tit. C. n. 54.

o l si a domino. 36. §. ult. de her. pet. l. fructus. 51. pr. fam. &c. l. 7. sol. matr. ubi hæc ratio à veteribus redditur. quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. add. Leonin. 4. emend. 1. n. 10. Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 3. n. 4.

p Tradita in l. impensa 79 de V. S. l. 1. de imp. in res dot. fact.

q Plura exempla harum impensarũ proponuntur in d. l. 1. §. ult. & 3. ll seqq. de imp. in res dot. fact.

incrustationes *r* picturæ. Necessariarum impensarum hæc una & constans in omni possessore definitio est; omnes hujus generis impensas opposita doli mali exceptione servari *s* posse: cum non personæ possidentis deductio tribuatur, sed causæ, ne scilicet petitor cum damno possessoris lucrum *t* faciat. Enimverò hæc regula perpetua quidem est, si res, in quam hujusmodi sumtus facti sunt, adhuc extet: cæterum si ea perierit, interest, utrum possessor eo nomine adhuc teneatur, nec ne: si tenetur, eadem impensarum repetitio *u* est: sin minus, impensæ ei *x* pereunt. Utilium impensarum in utroque possessore dissimilis ratio: nam nec bonæ fidei possessori eas deducere usquequaque concessum. Quid ergo? Nempe bonus judex variè de eo ex personis causisque constituet, expendetque omnia ad illam naturæ æquitatisque regulam, quâ traditur, neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorem. Potest autem in his impensis variè accidere, ut ne petitor lucrum sentiat, idque partim ob conditionem personæ suæ, partim ob causam. Referet igitur, utrum petitor dives sit, an pauper. Si dives, deducet impensas bonæ fidei possessor: at hoc tamen rursum ita, nisi petitor paratus sit pati possessorem tollere impensam, quam fecit. Sin pauper, qui si hosce sumtus refundere cogeretur, necesse haberet rem suam distrahere, nihil proficiet possessori ad impensas servandas exceptio: ne si possessor eas reddere cogatur, re sua idcircò carendum habeat, præter æquitatem & *y* finem hujus judicii. Causæ, ob quas utilium

r Indicantur hæc in d. l. impensæ. de V. S. l. 5. §. ult. l. voluptaria de imp. in res dot. fact.

s l. planè. 38. de her. pet. l. demum. C. hoc tit. exceptio tamen videtur infurere, qui nec impensas in alimenta infantis deducit. l. 13 de cond furt. l. 1. & ibid. gloss. C. de inf. exposi.

t d. l. planè. de her. pet. l. nam hoc natura de cond. ind. hanc æquitatē non mutat mala fides possessoris.

u Hoc est, deductis hisce impensis, quod superfluum est æstimationis, possessor restituet, nihil enim interest, res præstetur, an rei æstimatio l. quia qui 39. de usufr.

x Tum quia deductionis æquitas hîc deficit: tū quia exceptio (quæ una impensas servandi via est) nulla esse potest, ubi nulla est actio. l. 2. de except. Planè in petitione hereditatis, licet res, in quam sumtus facti, non extet, natura tamen illius judicii talis est, ut possessor bon. fid. eos sumtus per retentionem aliarum rerum consequi possit. quippe cum res omnes unius sint & ejusdem hereditatis, quæ per eos sumtus melior aliquando facta est. At in rei vindicatione una tantum res est, quæ petitur, aut si plures, singulæ separatim [illegible] possessori hereditatis æquum sit hoc tribui, qui de fructibus etiam bona fide perceptis, [illegible] ex his [illegible] factus tenetur. l. 20. §. 3. de her. pet.

y l. sin autem. 27 § ult. hoc tit. & potissimum l. in fundo. 38. eod. quam omnino vide.

lium impensarum deductio admissa, hæ tres; si dominus easdem facturus *z* fuisset; si quamvis pauper rem venalem *a* habuit; si possessor antequam certò cognosceret rem alienam esse, denunciaverit actori, se pro rei commodo ædificare velle, isque *b* dissimulaverit. Detrahe has causas: quid relinquetur possessori, nihil sanè amplius, quam ut si petitor deductionem non admittat, patiatur possessorem *c* tollere, quod posuit. Sed & hoc ipsum in paupere petitore certas habet conditiones, easque hasce tres: prima est, dum id fiat sine læsione prioris status: secunda, si possessor emolumenti aliquid inde sit consecuturus: tertia, si petitor non tantum offerat, quantum his rebus ablatis possessor habiturus sit: neque enim malitiis indulgendum *d* est. Atque hæc quidem de bonæ fidei possessore. Malæ fidei possessoris in hoc impensarum genere deterior conditio. Nam cum ei, qui sciens, verbi causâ, in alieno ædificavit, possit objici culpa, quod temerè ædificarit in eo solo, quod sciret alienum, suaque ideo voluntate materiam amisisse videri, ideo nec ullam eo nomine *e* deductionem habet. Hoc tantum ei indultum est, ut tollat ædificium, quod posuit, sine *f* dispendio domini areæ. Cur ergo in petitione hereditatis placet malæ fidei possessorem impensas omnes *g* deducere, quibus res hereditaria melior facta est? an quia hoc judicium bonæ fidei est? an potius, quia qui heres, non continuò dominus rei † petitæ? mihi quidem nihil commodius adhæc concilianda imprefentiarum occurrit. Voluptuariarum impensarum, quatenus tales, nulla omninò deductio est, cessante videlicet causâ, quæ huic deductioni locum facit.

z d. l. in fundo. in pr. facit. l. si servus. 25. de pign. act.
a d. l. in fundo. in fin. l. nisi. 29. hoc tit.
b l. aut si 30. eod. hoc ideo. quod qui in re sua monitus ita tacuit, consensisse intelligitur. per l. qui patitur. 18. mand.
c d. l. in fundo. in quo non minimum incommodū possessoris, nam & operas fabrium amittet, nec rem unquam ferè talem recipit, qualem posuit.
d d. l. in fundo, hoc est, nemini concedendum, quæ alteri noceat, sibi non prosit. l. 9. de serv. l. 2 §. 5. in fin. de aq. pl. arc.
e l 5. C. l. Iulianus. 37. in fin. ff. hoc tit. l. adeo. §. ex diverso, de acq. rer. dom. §. ex diverso. 32. Inst de rer. divis.
f Non aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus, sit neque tantum ei offerat petitor. ex sententia Celsi in d. l. in fundo. hoc tit.
g Hoc satis apertè traditum in l. planè. 38. de her. pet. diss. tamen Cujac. 10. obs. 1. & A. Fab. 2. conj. 1.
† Nec difficili probatione dominii gravatur; cui etiam hoc addi potest, quod magis favendum repetitioni, quam adventitio lucro, ad quod heres vocatur. l. 41. §. 1. de R. I.

incrustationes r picturæ. Necessariarum impensarum hæc una & constans in omni possessore definitio est; omnes hujus generis impensas opposita doli mali exceptione servari s posse: cum non personæ possidentis deductio tribuatur, sed causæ, ne scilicet petitor cum damno possessoris lucrum t faciat. Enimverò hæc regula perpetua quidem est, si res, in quam hujusmodi sumtus facti sunt, adhuc extet: cæterum si ea perierit, interest, utrum possessor eo nomine adhuc teneatur, nec ne: si tenetur, eadem impensarum repetitio u est: sin minus, impensæ ei x pereunt. Utilium impensarum in utroque possessore dissimilis ratio: nam nec bonæ fidei possessori eas deducere usquequaque concessum. Quid ergo? Nempe bonus judex variè de eo ex personis causisque constituet, expendetque omnia ad illam naturæ æquitatisque regulam, quâ traditur, neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorem. Potest autem in his impensis variè accidere, ut ne petitor lucrum sentiat, idque partim ob conditionem personæ suæ, partim ob causam. Referet igitur, utrum petitor dives sit, an pauper. Si dives, deducet impensas bonæ fidei possessor: at hoc tamen rursum ita, nisi petitor paratus sit pati possessorem tollere impensam, quam fecit. Sin pauper, qui si hosce sumtus refundere cogeretur, necesse haberet rem suam distrahere, nihil proficiet possessori ad impensas servandas exceptio: ne si possessor eas reddere cogatur, re sua idcirco carendum habeat, præter æquitatem & y finem hujus judicii. Causæ, ob quas uti-

r Indicantur hæc in d. l. impensæ. de V. S. l. 5. §. ult. l. voluptariæ de imp. in res dot. fact.

s l. planè. 38. de her. pet. l. dominum. C. hoc tit. exceptio tamen videtur infuere, qui nec impensas in alimenta infantis deducit. l. 13 de cond furt. l. 1. & ibid. gloss. C. de inf. expos.

t d. l. planè. de her. pet. l. nam hoc natura de cond. ind. hanc æquitatē non minuit mala fides possessoris.

u Hoc est, deductis hisce impensis, quod superfluum est æstimationis, possessor restituet, nihil enim interest, res præstetur, an rei æstimatio l. qui a qui 39. de usufr.

x Tum quia deductionis æquitas hîc deficit: tū quia exceptio (quæ una impensas servandi via est) nulla esse potest, ubi nulla est actio l. 2. de except. Planè in petitione hereditatis, licet res, in quam sumtus facti, non extet; natura tamen illius judicii talis est, ut possessor bon. fid. eos sumtus per retentionem aliarum rerum consequi possit. quippe cum res omnes unius sint & ejusdem hereditatis, quæ per eos sumtus melior aliquando facta est. At in rei vindicatione una tantum res est, quæ petitur, aut si plures, singulæ separatim. adde æquè possessori hereditatis æquum sit hoc tribui, qui de fructibus etiam bona fide perceptis, quatenus ex his locupletior factus, tenetur. l 20. §. 3. de her. pet. y l. sin autem. 27. § ult. hoc tit. & potissimum l. in fundo. 38. eod. quam omnino vide.

lium

lium impensarum deductio admissa, hæ tres; si dominus easdem facturus z fuisset; si quamvis pauper rem venalem a habuit; si possessor antequam certò cognosceret rem alienam esse, denunciaverit actori, se pro rei commodo ædificare velle, isque b dissimulaverit. Detrahe has causas: quid relinquetur possessori, nihil sanè amplius, quam ut si petitor deductionem non admittat, patiatur possessorem c tollere, quod posuit. Sed & hoc ipsum in pauperé petitore certas habet conditiones, easque hasce tres: prima est, dum id fiat sine læsione prioris status: secunda, si possessor emolumenti aliquid inde sit consecuturus: tertia, si petitor non tantum offerat, quantum his rebus ablatis possessor habiturus sit: neque enim malitiis indulgendum d est. Atque hæc quidem de bonæ fidei possessore. Malæ fidei possessoris in hoc impensarum genere deterior conditio. Nam cum ei, qui sciens, verbi causâ, in alieno ædificavit, possit objici culpa, quod temerè ædificarit in eo solo, quod sciret alienum, suaque ideo voluntate materiam amisisse videri, ideo nec ullam eo nomine e deductionem habet. Hoc tantum ei indultum est, ut tollat ædificium, quod posuit, sine f dispendio domini areæ. Cur ergo in petitione hereditatis placet malæ fidei possessorem impensas omnes g deducere, quibus res hereditaria melior facta est? an quia hoc judicium bonæ fidei est? an potius, quia qui heres, non continuò dominus rei † petitæ? mihi quidem nihil commodius adhæc concilianda impresentiarum occurrit. Voluptariarum impensarum, quatenus tales, nulla omninò deductio est, cessante videlicet causâ, quæ huic deductioni locum facit.

z d. l. in fundo. in pr. fac. l. si servos. 25. de pign. act.

a d. l. in fundo. in fin. l. nisi. 29. hoc tit.

b l. aut si 30. eod. hoc ideo. quod qui in re sua monitus ita tacuit, consensisse intelligitur. per l. qui patitur. 18. mand.

c d. l. in fundo. in quo non minimum incommodi possessoris, nam & operas fabrorum amittit, nec rem unquam ferè talem recipit, qualem posuit.

d d. l. in fundo, hoc est, nemini concedendum, quæ alteri noceat, sibi non profit. l. 9. de serv. l. 2 §. 5. in fin. de aq. pl. arc.

e l. 5. C. l. Julianus. 37. in fin. ff. hoc tit. l. adeo. §. ex diverso. de acq. rer. dom. §. ex diverso. 30. Inst. de rer. divis.

f Non aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus, sit neque tantum ei offerat petitor, ex sententia Celsi in d. l. in fundo. hoc tit. *g Hoc satis aperte traditum in l. planè. 38. de her. pet. diss. tamen Cujac. 10. obs. 1. & A. Fab. 2. conj. 1.* *† Nec difficili probatione dominii gravatur; cui etiam hoc addi potest, quod magis favendum repetitioni, quam adventitio lucro, ad quod heres vocatur. l. 41. §. 1. de R. I.*

Planè si probetur petitorem easdem impensas *h* factorum fuisse, aut rem habuisse venalem, & propter impensas plus *i* consecuturum, impensæ, quæ suâ naturâ voluptariæ sunt, ex voluntate ejus fiunt utiles, ut jam locus esse incipiat exceptioni ad eas servandas, si modo *k* bonæ fidei possessor sit, qui eas fecit. Utique qui per exceptionem retinere impensas non potest *l* ei potestas est tollendi, quod sine detrimento rei tolli potest. Illud hîc tenendum, ut ubicunque deductioni impensarum locus est, fructuum ante litem contestatam perceptorum fiat *m* compensatio. Servandarum autem impensarum una ratio est, retentio rei oppositâ doli mali *n* exceptione. Quod si omissa exceptione possessor rem restituerit, constanter à veteribus traditum est, nullam ei impensarum nomine competere *o* actionem. Futurum damnum metuitur aut ex obligatione à possessore rei petitæ nomine suscepta, ut si, verbi causâ, propter ædes vitiosas damni infecti caverit, cujus amoliendi ratio hæc, ut petitor caveat, his rebus rectè *p* præstari: aut ex rei petitæ conditione, si *q* æstimationem præstiterit ejus rei, quæ abest. Huc adhibeatur cautio, per petitorem non futurum, quo minus res *r* tradatur. Sed & actiones, quas actor habet, eo cedere cogitur, nisi is dolo malo possidere desierit. *s*

h Arg. l. in pupillo. 47 de solut. l. 3. §. nec non. de in rem verso. nec dubium, quin Celsi disputatio in d. l. in fundo. vers. pen. eodem pertineat.

i Hoc expressè traditum à Pomp. in l. nisi 29. hoc tit.

k Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in rem alienam superracuas impensas facere. l. utilis. 39. §. 1. de her. pet.

l Etiam si sit. mal. fid. possessor, quod adjicit Gaius in d. l. 39 in fin.

m l. sumtus. 48. l. emtor. 65. pr. hoc tit. adde Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 3. n. 62. & seqq.

n d l. 27. §. ult. d. l. in fundo. ff. l. 11. l. 16. C. hoc tit. per l. 14. de dol. exc. junct. l. 14. de cond. jud.

o l. si in area. 33. de cond. jud. Gomes. in l. Tauri. 46. n. 2. Etb. Leonin. 4. emend. 1. n. 50. diss. Martin. qui util. actionem neg. gestor. dedit, ut refert Accurs. in d. l. in fundo. sequitur Goed. in l. impensæ, 79. de V. S.

p Id est, si quid eo nomine aberit possessori, id se rectè præstaturum. l. 14. hoc tit. similia habes in l. pen. de her. pet. l. is a quo. 57. & seq. hoc tit.

q Nam litis æstimatio, quæ pro re petita præstatur, emtionem facit. l. 3. pro emt. ubi similes locos notat Gothofr. huic a. consequens est, ut si petitor rei dominus fuit, possessor item dominus fiat, aut sin fuit, evictionis nomine obligetur. l. 11. §. 2. de act. empt.

r De evictione autem cavere non cogitur. l. & ex diverso. §. .. & ibi ratio. hoc tit.

s l. si culpa. 63. l. is qui dolo 69. & seq. eod. sed & non cessis actionibus publicianâ succurritur ei, qui culpâ, non fraude possessionem amisit, etiam adversus dominum, qui litis æstimationem accepit. d. l. 63.

CAP.

CAP. XXXVIII.

Compendiosa reliquarum actionum in rem descriptio.

HIsce de petitione hereditatis, deque rei vindicatione cognitis, cæteras in rem actiones in his velut exemplis propemodum expositas habemus. Nam & iis competunt, quorum res est, & adversus eos, qui eam possident, de ea ipsa re, omnia ut in rei vindicatione: denique & exitum judicii ferè eundem habent. Proinde non est operæ pretium singulas anxiè persequi: cum vel brevi earum descriptione assequi possimus, tum quæ causæ sint singularum ad agendum, tum si quid eorum, quæ communia diximus, non in omnibus usquequaque servetur. Earum igitur rerum, quæ extra personam positæ sunt, reliquæ sunt actiones de rebus incorporalibus sive † servitutibus. Hæ duæ; confessoria, quâ servitus vindicatur; negatoria, quâ verbis negatur deberi servitus, re adseritur libertas. Ambæ in hoc à rei corporalis vindicatione distant, quod etiam possessori servitutis ultrò dentur. Sed neque negativæ actiones ullæ in controversiis rerum corporalium proditæ. Sed hæc & alia pleraque sunt ejusmodi, ut uberiore explicatione indigeant, & à me tractata in argumento de t servitutibus, quarum natura vix est, ut sine his actionibus penitus cognosci potuisset. Transeo igitur ad actiones in rem de rebus in persona nostra positis: in quo genere positæ sunt actiones, quæ dicuntur præjudiciales.

Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat, aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Status personæ triplex, libertas, ingenuitas, jus familiæ. De libertate, quæ causa liberalis dicitur, agitur inter duos, quorum unus eum, cum

† *Et quidem jure civili de servitutibus tantum, ut rectè docet Vaud. 2. var. qu. 27. sed hodie postquã juri, dictio facta est patrimonialis etiã huc accommodari possunt aliæ per extensione quæ & cõmunis sententia teste Soarez recept. sent. n. 52. adde Gail. 2. obs 66.*

t *Lib. 1. cap. 75. & seq. & cap. 81. adde quæ notamus cap. 5. hujus libri sect. 2.*

quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse *u* contendit. In domino ultrò agente actionem agnoscas confessoriæ similem, in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ. De ingenuitate quæstio incidit inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse *x* negat. Prior jus patronatus sibi vindicat actione confessoriâ; alter ingenuitatem *y* negativa. De jure familiæ agitur, cum quæritur, utrùm quis filius sit, an non sit, sive se patrem quis aut filium esse intendat aut *z* neget. Pater ergo si filium petit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuncietur. Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuncietur & pro tali *a* agnoscatur. Hæ autem actiones ex parte excellentiore non malè in rem esse dicuntur, quia his omnibus, qui agit, aliquid suum vindicat, dominus servum suum in servitutem, servus libertatem; patronus jus patroni, libertus ingenuitatem; pater jus patris, filius filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ propriè ita dicuntur. Nam ex duobus finibus cæteris propositis priorem tantum præ se ferunt, nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hîc petitur *b* restitutio, cujus condemnatio sequatur. Cæterum statu adversarii sententiâ judicis semel constituto, actor præ-

u l. 7. §. ult. l. 10. d. lib. ca. §. præjudiciales. Inst. de act. dicitur & liberale judicium. d. l. 10.

x Si que aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur ingenuum esse contendit. Don. in d. §. præjudiciales. n. 2.

y L. alterutro agente præjudicium redditur. l. 14. l. quoties 18. de prob. l. ult. si lib. ing. esse dic. An contra Vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur, quæsitum. Negant Ivan. Fab. in d. §. præjudiciales. n. 11. Zas. [illegible] quid de [illegible] allo. Schneid. n. 20. & [illegible] D. comm. alio a. pacto domino consulitur, qui feudum tanquam commissum aufert [illegible] l.

z Hujus generis etiam est actio de partu agnoscendo, cui locus est, cum maritus soluto matrimonio partum ab uxore editum suum esse negat: sive quod neget eam uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem: mulier contrà legitimum partum & ex marito editum contendit. l. 1. §. diee. in fin. de agnosc. lib.

a Datur hæc actio etiam matri pro filio. l. 3. §. 1. d. tit. quantum differat ab actione de partu agnoscendo, docet Don. d. loc. n. 5. Hanc porro [illegible] utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater, vel cognatus, etc. de nobili familia pronuncietur & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit, cum Bart. Jas. Spec. Zas. concludit Schneid. in d. §. n. 54.

b Ut fit in actionibus, quæ propriè tales sunt. l. 9. l. qui restituere. de rei vind.

judicium paratum habet, quo consequatur *c* commoda, quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio. Hinc etiam apparet, cur hæ actiones appellentur præjudiciales, aut uno verbo præjudicia, nempe ducto nomine ex fine harum actionum proprio: non tantum quia aliis caussis, aliquando præjudicium adferunt: sed quia præjudicii aliis rebus faciendi caussa, ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine *d* exceptione omnibus faciunt. Alias præjudicii appellationem latiorem esse, quàm præjudicialium actionum satis notum est.

Restant adhuc actiones de rebus quasi nostris sive ad jus nostrum pertinentibus, quæ omnes prætoriæ. Earum duæ item species; quædam de universitate; quædam de rebus singulis. De universitate duæ sunt; possessoria hereditatis petitio, quæ bonorum possessoribus tanquam justis heredibus jure *e* prætorio prodita; item fideicommissaria hereditatis petitio, proposita iis, quibus ex fideicommisso restituta est hereditas, qui & ipsi vice heredum habentur. Ac per has actiones tantundem *f* consequimur, quantum hereditatis petitione civili. De rebus singulis ad jus nostrum pertinentibus actiones in rem quatuor, comparatæ & ipsæ jure honorario; emphyteuticaria; superficiaria, Publiciana; Serviana & hypothecaria. Emphyteuticaria in rem actio est, quæ datur emphyteutæ de agro emphyteutico seu vectigali. Superficiaria, quæ de superficie superficiario competit. Uterque quamdiu pensio constituta solvitur, pro domino habetur, eademque illis in rem actio jure *g* prætorio datur, quæ suprà à nobis exposita est. De jure autem emphyteutico, itemque ejus, qui superficiem in alieno solo habet, tractatum est suo loco in jure rerum no-

c *Quæ a. sint ista commoda domini, patroni, patris, filii, satis notū est. summ. in eorum collegit Don. in d. §. n. 7.*

d *Etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit. l. antepen. de stat. hom. exempla in l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agn. lib. quanvis alias res inter alios judicata aliis non noceat l. pen. de re jud.*

e *l. 1. de poss. her. pet. ne quis putet hoc judicium possessorium esse, sicut interdicta.*

f *l. 2. d. tit. l. 1. & 2. de fid. her. pet. adde Oldend. class. 5 act. 6. & 7. nec dubiū est, quin utraq; hæc actio bonæ fidei sit, ut est petitio hereditatis civilis. Don. in §. actionum. 28. Inst. de act. n. 38.*

g *l. 1 §. 1. si ag. vect. l. in speciali. 73. §. 1. & l. seq. de rei vind. Quia verò is qui jus vectigale aut superficiarium habet, propè nihil differt à vero domino, ideo fortaßis hæ actiones, ut notiores, & à rei vindicatione vix distantes omissæ in Inst. Don. in §. 3. Inst. de act. n. 5.*

ſtrarum. Actio Publiciana competit de re, quam quis ex juſta cauſa ſibi traditam bonâ fide accepit, & cujus nec dum dominus effectus poſſeſſionem amiſit. Quinque igitur hîc concurrere debent; ut res ſit *h* tradita; ut ex juſta cauſa; ut bona fide accepta; ut accipiens nondum dominus factus ſit; ut poſſeſſio ejus caſu amiſſa. Traditionem latius accipimus, ut etiam rerum incorporalium, puta ſervitutum, quaſi *i* traditio contineatur. Cæterum etiam ante traditionem Publiciana experiri licet ex iis cauſis, ex quibus nuda voluntate dominium transfertur, veluti ſi res à non domino *k* legata ſit. Juſtam cauſam accipimus eam, ex qua re à vero domino tradita dominium in accipientem tranſiret, cujuſmodi ſunt, emtio, donatio *l* legatum. Bona fide accepiſſe intelligitur, qui eum, à quo rem accepit aut dominum eſſe putavit, aut jus transferendi *m* habere. Necdum autem dominus rei effectus dicitur, qui rem à non domino acceptam nundum *n* uſucepit. Poſtremò caſu amiſſam poſſeſſionem eſſe volumus: amiſſam quidem, quia in rem actio nunquam ultrò poſſeſſori datur, ubi ſufficit, quod poſſideat: amiſſam caſu, quia qui voluntate eam amiſit, ejus recuperandæ actionem nullam habet. Datur Publiciana, ut & cæteræ in rem, adverſus *o* poſſeſſorem, ſed ita, niſi is poſſeſſor pari jure & æquitate nitatur.

h l.1. l.7. §. ult. hoc tit. de publ. in rem act. §.4. Inſt. de act. Hæc tamen actio non competit, ſi talis ſit res, ut ejus alienatio aut uſucapio jure prohibita ſit. l.9. §. pen. l. 12. §. 4. hoc tit. plane ſi ideo uſucapi nõ poſſit, quia non poſſideatur adverſus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & ſuperficiariis, publiciana competet. d.l. 12 §.2. & 3. Quid n impedit, quo minus poſſeſſor rei emphyteuticæ aut ſuperficiei uſucapiat adverſus eum, qui tale jus conſtitutum habet? Azo in ſumma ad tit. Inſt. de act. n.15. i *Uſus nimirum accipientis & patientia conſtituentis. l. 11. §. 1. hoc tit. l. ult. de ſerv.* k *Aut ex Trebelliano alicui reſtituta hereditas, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem. d. l. 12. §. 1. facit. l. 7. §. in publiciana. l. 15. eod. Oldend. claſſ. 3. act. 3. in practica n. 3.* l *l. 1. & ſeqq. hoc tit. quid ſi cauſa ſubeſſe putetur, ut ſi quis ignorans emerit à furioſo? datur Publiciana non contra furioſum. l 2. §. ſi à furioſo, pro emt. ſed contra extraneum. l. 7. §. 2. hoc tit. & ibi Accurſ.* m *Puta procuratorem aut tutorem eſſe l. bona. 109. de V. S. Sicut a. ad uſucapionem in emtore bonæ fides exigitur non ſolum traditionis, ſed etiam contractus tempore, ita & hîc. d. l. 7. §. pen. & ult. Myns. in d. §. 4. n. 25. Schneid. n. 41.* n *l. 1. §. 1. hoc tit. Sed quid ſi dominus, cum difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione mallet, quam rei vindicatione uti, licebitne id vero domino? putarem licere cum Myns. ad d. §. 4. n. 38. & ſeqq. Old. d. loc. quem omnino vide diſſ. Schneid. d. loc. n 24. & ſeq. Accurſ. Iaſo ibid. Sed & ex quo uſus fori cumulationem actionum admiſit, eodem libello publicianam cum rei vindicatione (disjunctim tamen), proponi poſſe recte defenditur. Old. d. loc. Schneid. §. 3. Inſt. de act. n. 61. & ſeqq. Myns. in d. §. 4. n. 62. & ſeqq. Gail. 1. obſ. 62. n. 5.* o *Aut qui dolo deſiit poſſidere. per l. ſi fundus. 16. §. 3. de pign.*

Qua propter si duo ab eodem non domino rem emerint, potior erit, cui priori res tradita est: si à diversis non dominis, melior erit causa p possidentis. In universum autem justi dominii exceptio meritò Publicianæ q objicitur. In cæteris mutatâ personâ actoris nulla est inter hanc actionem & rei vindicationem differentia. Actione Serviana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur: Hypothecaria seu quasi Serviana de reliquis rebus pignori obligatis competit. Utraque actio in rem jure prætorio constituta adversus omnes pignoris possessores, adeoque adversus ipsum dominum, fine effectuque judicii superioribus r pari. Quid sit pignus, quod hypotheca, tum quo modo constituantur, proprio titulo traditum est volumine secundo.

p l. 9. §. 4. hoc tit. ut possessio juncta titulo fortior sit titulo nudo, ubi à diversis res habetur. Old. d. loc. Schneid. in d. §. 3. n. 28.

q l. pen. & ult. hoc tit. Sed tamen quæ vindicanti domino obstant, quo minus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac publicianâ convento obstabunt, quo minus retineat. Don. in d. §. 4. n. 15. DD. in §. item Serviana, Inst. de act.

r l. si fundus. §. 3. de pign.

CAP. XXXIX.

De actione ad exhibendum.

Libet hîc subnectere actionem ex alio quidem genere, sed quæ vel ideò hoc maximè loco tractari debeat, quod propter in rem actiones potissimum comparata sit, ut pote quarum quædam præcursio & præparatio est. Ea est actio ad exhibendum: de qua, quia multa continet animadversione digna, & à cæteris actionibus discrepantia, etiam dicendum est enucleatius. Eam igitur sic licet definiamus. Actio ad exhibendum, est actio in personam de re mobili, ut ea exhibeatur, ejusque videndæ & tractandæ potestas agenti fiat. Actionem hanc personalem esse disertè scribit s Ulpianus. Unde ergo

s l. 3. §. 3. hoc tit. ad exhib. in rem certè non est, quia nihil nostrum hac actione petimus, nec dominii aut juris nostri ulla quæstio hîc vertitur. Est tamen ita personalis, ut sit in rem scripta. Old. Class. 3. act. 1. q. 2. Mynf. in §. præterea, Inst. de act. n. 46. Cujac. 9. obs. 7.

ea nascitur? Non utique ex facto aliquo *t* obligatorio ejus, qui ea tenetur, sed ex summa æquitate, conjuncta cum utilitate publica & civili. nempe ut unusquisque teneatur præstare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam *u* prosit, ad obtinendum id, quod sibi debetur. Hoc posito indagandum porrò, qualis sit hæc actio, & quid contineat, iisdem illis locis vestigia nostra regentibus, quibus diximus rectam omnem actionis institutionem contineri: nempe ut quæramus, cui competat, adversus quem; de qua re; cujus rei gratia. Competit hæc actio ei, cujus ob eam, quam dixi, causam *x* interest rem exhiberi. Igitur judex ad exhibendum summatim, quod in præparatoriis tralatitium est *y* cognoscet, an actor aliquam justam aut probabilem ejusmodi causam habeat, propter quam sibi exhiberi desideret. Justam causam habent duo: primum qui præsentem actionem habent, ad quam utiliter exercendam exhibitio necessaria. Hujus generis actiones, quatenus nos animadvertimus, tres sunt; actiones in rem *z* omnes, quæ quidem sunt de re mobili; interdicta, in quibus non minus, quam in vindicationibus exhibitio *a* necessaria, qualia sunt, Quod legatorum, unde vi de rebus mobilibus, quæ sunt in prædio nostro vi occupato; de precario; de glande legenda; actiones ex maleficiis servorum, sed duobus tantum casibus: primum si is noxali actione acturus est, qui servum, qui nocuit, designare non possit, propterea quod ei ignotus est, quo casu tota familia *b* exhibenda: deinde si de plurium maleficiis criminaliter agatur,

t Unde quidā putavere hanc actionem esse irregularem. quomodo & Hotom. in §. 1. Inst. de act.

u l. 2. §. 5. in fin. de aq. plur. arc. hinc æquitas exhibitionis. l. 3. §. pen. ff. l. 7. C. hoc tit. pulcre Cl. l. d. act. l. q. 2.

x l. 3. §. sciendum. 1. i. l. pen. hoc tit. duo n. sunt principia ac fundamenta hujus actionis, si actoris intersit, & si reus possideat. Sich. in l. 3. C. hoc tit.

y Ex sententia Neratii d. l. 3. §. si mecum. 9. Wes. par. hoc tit. n. 3.

z l. 1. d. l. 3. §. 3. h. t. tit. & si plures sint, quorum unus unam, alius aliam hujus generis actionem habeat, possunt omnes eodem tempore ejusdem rei nomine adversus eundem ad exhibendum agere. d. l. 3. § Pomponius.

a d. l. 3. §. si mecum. l. 9. §. 1. eod. Non sunt a. in hoc numero interdicta, quæ de rebus ipsis exhibendis competunt qualia sunt, de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, de tabulis exhibendis. Ad quid n. præparatoria, ubi ipso interdicto consequimur, ut res exhibeatur & avocetur possessio? præterea duo etiam propriâ ratione hinc removentur, quæ redditur in l. 13. hoc tit. adde Gord. in l. 22. de V. S. n. 8.

b d. l. 3. §. si quis. 7. quod quidem speciale, propterea quod ignorantia actoris, qui cum noxio nihil contraxit, auxilio digna, & maleficium pœnâ: sed ita tamen ut ad causas similes jure protrahi possit. Sich. in rubr. C. hoc tit. n. 7.

ubi quem actor novit c exhibendus, ut conscios indicet. Secundo qui actionem in rem certo jure speratam habent, præsentem re exhibita habituri. Hoc bifariam contingit. Primò in rebus nostris, quæ alienis junctæ per prævalentiam iis cedunt. Has, quamdiu alienis cohærent, vindicare non possumus: tunc possumus, cum sunt separatæ, quod per actionem exhibitoriam d consequimur. Altero modo in pluribus rebus, quarum una, quam optaverit, alicui e legata est. Hæc res ante optionem vindicari non potest: ante exhibitionem ne optari quidem. Est ergo in utroque hoc genere exhibitio omninò & absolutè f necessaria. Ex his jam singulis illud conficitur, cum, qui nullam hujusmodi actionem præsentem aut κατ' ἐλπίδα habeat, aut nullam omninò, exhibitoria experiri non posse, quamvis alioqui ejus g intersit, veluti si actor rationes adversarii exhiberi sibi postulet, quarum editio ad probationem quidem utilis, ad exercendam vindicationem non h necessaria: aut si studiosus libros alienos sibi exhiberi desideret, ut ex his fiat doctior. Sanè cessante actione ad exhibendum benignè receptum est, ut interdum in i factum detur, ut si, verbi causa, desideremus exhiberi nobis rationes nostras scriptas in charta aliena, quam idcirco vindicare non possumus. Porrò ut utilitas hujus actionis constet, non exigitur plena & perfecta ab actore probatio, ut fieret in judicio principali: sed sufficit judicem summatim cognoscere, intersitne actoris, ut intendit, an non intersit, rejectis in directum judicium exceptionibus, quæ altiorem quæstionem k habeant. Quatuor tamen exceptæ,

c l. ult. ff. l. 2. C. eod. alias quisq; in personam actionibus per hanc viam muniri volunt VVes. par. hoc tit. n. 3. Vigns. in §. præterea: Inst. de act. n. 44. facit l. 4. hoc tit. l. ult. C. eod. l. petenti. 27. de pign. act.

d l. 6. & l. seq. hoc tit. l. in rem. 23. §. item de rei vind.

e d. l. 3. § item si hoc tit. l. idem ergo erit, si legata, quam Titius optaverit.

f & alioqui facile quis per fraudem vel contrarie vel per accidentem rerum qualitatem jure suo invitus privari posset. Oldendorp. de class. 3. act. 2. pr.

g d. l. 3. §. 1. nam quod generaliter definitur, dari hanc actionem ei, cujus interest, hoc accipiendum, cujus interest propter actionem aliquam, ob quam exhiberi desideret. neque n. oportet verba captare & c. l. pen. eod. h d. l. pen. Old. d. act. 1. q. 8 & in effin. rem d. [illegible] d. §. n. 55. & l. vves. par. hoc tit. n. 3. i d. l. 3. §. pen. qua diversa est ab hac [illegible] ut recte tenet Sich. ad l. 4. C. hoc [illegible] t. n. 5. Old. d. act. 1. q. 8. per l. 7. C. hoc tit. k d. l. [illegible] §. [illegible] ndum & §. ibidem. 13. neq; in hac præparatoria urgetur actor ad probationem [illegible] partis sui. sed ut causam alleget, cur exhiberi velit. Old. d. act. 1. intent. act. [illegible] n. 2. add. Sich in rubr. C. hoc tit. n. 5. & in l. [illegible] n. 7. & 8.

quæ

quæ quod ex facto actoris nascuntur, in hoc judicio omnimodò disceptandæ; pacti conventi; doli mali; jurisjurandi; rei judicatæ.

Competit adversus eum, qui possidet, aut quovis modo rem tenens restituendi habet *l* facultatem, & convenienter adversus eum quoque, qui dolo fecit, quo minus *m* possideat. Adversus heredes, tanquam heredes, non datur, nisi quatenus ex dolo defuncti locupletior *n* facta est hereditas: omnia similiter, ut in rei *o* vindicatione. Neque tamen ideo dicendum est, hanc actionem in rem esse, quod expressè negat Ulpianus, sed cum miscelli generis sit, personalem tamen esse dicimus, quia origine talis est, quæ in hujusmodi discretionibus maximè spectanda. Datur de rebus mobilibus duntaxat. quippe res soli nec loco moveri, nec latere *p* possunt. Datur de re certa, proinde etiam certis signis & argumentis, perinde ut in rei vindicatione *q* designanda: excepto illo primo casu, cum ex noxali actione civiliter agitur, ne per ignorantiam actoris impunitum maneat maleficium. Finis hujus judicii, in quo & effectus, duplex, sicut & reliquarum actionum: unus ab actore: alter, cujus per consequentiam etiam ratio habenda, à reo. Ab actore, ut res jussu judicis exhibeatur cum omni causa. Hæc summa: sed dicamus explicatius. Tria sunt hujus loci capita ordine excutienda. Primum est, an hac actione conventus semper rem exhibere debeat & quo loco. Sic sentio, eum, qui tempore rei judicandæ possidet, etsi initio litis non possiderit, semper ad exhibendum teneri: idemque esse, si dolo aut culpâ ejus factum sit, quo minus possideat. Quod si cum judicii accepti tẽpore possideret, postea sine dolo aut culpa possidere desierit, absolvi eum oportere: tantum ut caveat,

l Id. l. 3. §. ult. l. 4. l. in pr. & §. 1. hoc tit. tenetur & filius. l. 12. §. 1. item municipes. l. 7. §. 3. eod.

m l. 14. ff. l. 5. C. eod. exempla in l. 9. pr. & §. 1. 2. 3. eod.

n d. l. 12. §. ult. hoc tit. argumento. l. cum autẽ §. 2. de rei vind.

o à qua rectè ad hãc actionem argumẽtum duci & vicissim docet Cujac. in Paulo add. l. 12. §. 1. Erit igitur & hic locus pœnæ negantis se possidere. l. ult. de rei vind. Old. d. act. 1. in fin. Mynſ. in §. pręterea. Inst. de act. n. 50.

p l. 2 C quãd. & quib. quarta pars. lib. 10. Mynſ. d. loc. n. 53. Old. d. act. 1. q. 2. Gœd. in l. 22. de V. S. n. 5.

q Actor in hac actione omnia nosse debet & dicere argumenta rei, de qua agitur. d. l. 3. pr. modo hac cognita habere possit. d. l. 3. §. 7. Old. d. act. 1. q. 7. Sich. ad rubr. C. hoc tit. n. 7.

si res

ſi res adhuc extat, ſe exhibiturum, ſi in poteſtatem ejus *r* pervenerit. Si in præſentia facultatem exhibendi poſſeſſor non habeat, interdum ei ex cauſa tempus à judice indulgetur, nempe petenti ſine fruſtratione, & eandem cautionem *s* offerenti. Locus exhibendi idem, qui in rei *t* vindicatione. Secundum eſt, quid voce exhibendi & cauſæ ſignificetur. Exhibere, eſt rei in publico poteſtatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut *u* experiundi ſit copia. Cauſæ nomine continetur tum res ipſa, tum commoda externa rei. In re hæc ſunt, ut exhibeatur res eadem eodemque jure, quo fuit, cum petita eſt. Eadem res exhibita videtur, ſi exhibitum eſt idem corpus eâdem ſpecie, quæ fuit tempore litis *x* conteſtatæ. Quid ſi deterior facta? Si dolo aut culpâ poſſeſſoris, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno: nam ad exhibendum abſolvi *y* debet. Eodem jure, ſi re exhibitâ actori *z* integra ſit actio principalis, ut initio fuit. Commoda quoque externa, puta fructus *a* rei, una cum exhibitione in reſtitutionem hoc judicio veniunt: quod tamen haud dubiè cum *b* Accurſio ſic accipiendum, ſi poſſeſſor hac actione victus de re ipſa porrò contendere judicio directo *c* ſuperſedeat. Tertium eſt, quænam adverſus poſſeſſorem denegata exhibitione condemnatio. Et placet condemnandum eſſe in id, quod actoris intereſt, hoc eſt, in id omne, quod vel habuit, vel habere potuit, ſi res ab initio exhibita, *d* fuiſſet. Earum rerum duplex officio judicis æſtimatio: adverſus contumacem, quanti actor in litem *e* juraverit: adverſus cæteros, quanti res verè

r l. 7. §. 4. & 5. l. 5. §. ult. hoc tit. & arg. l. 15. §. ult. l. 15. de rei vind.
s §. ſi ad exhibendũ. Inſt. de off. jud. l. 12. §. pen. hoc tit. cauſæ hujus generis indicantur in l. 5. § ult. eod.
t l. 11. §. 1. eod. junct. l. ſi res mobiles. & 2. ſeqq. de rei vind.
u Non utique actione ad exhibendũ, quâ jam ſatis actum eſt, ſed principali, quam actor re exhibita exequi conſtituit. l. 2. junct. l. 9. §. 5. hoc tit.
x l. præterea. 20. de rei vind. d. § ſi ad exhibendum. Inſt. de off. jud. l. 9. §. 3. hoc tit.
y l. 17 ff junct. l. 7. C. hoc tit. & ibi Sich. n. 5. & ſeq.
z In nullo causâ, quam intendit, læsâ. d. l. 9. §. 5. adde l. 10. & d. l. 9. §. 6.

a Nempe fructus animalium, partus quoque ancillarũ. d. l. 9. §. pen. d. §. ſi ad exhibendum. *b* In d. §. pen. ubi rectè monet eodem modo accipiendos eſſe locos omnes, qui de reſtitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipſam reſtituere non debet, utique nec acceſſiones debet. *c* Poſſe a. hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit, docet Oid. d. act. 1. q. 7. ita tamen, ut judex non una cognitione utramque expediat, ſed prius cognoſcat & pronunciet de præparatoria. Oid. d. loc. Sich. in rub. C. hoc tit. n. 8. *d* d. §. ſi ad exhibendum, quod declaratur. in d. l. 9. §. pen. & ult. l. 10. l. 11. pr. hoc tit. *e* Sicut fit in omnibus actionibus arbitrariis. l. 5. de in lit. jur. vide l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. l. 9. §. ult. hoc tit.

eſt.

est. Finis victi possessoris, ut rem exhibenti & restituenti præstetur indemnitas, tum nomine impensarum in rem exhibitam factarum, tum damni, quod à re vel jam contigit, vel contingere speratur: illud sarciendum ante restitutionem, hujus nomine cavendum possessori. *f*

f Hæc variis exemplis indicantur in d. l. 5. § 2. & seqq. d. l. 9. §. 1. in fin. de impensis est in l. 11. §. 1. hoc tit.

CAP. XL.

Rectæ institutionis actionum in personam brevis descriptio.

Actiones in rem earumque rectam institutionem proximus actionum in personam gradus excipit. Hic itidem occurrunt iidem illi loci, qui in omni recta actionis institutione; cui; adversus quem; qua de re; quo effectu competant. Principio hic necesse non est actionum in personam genera distinguere, sicut in actionibus in rem fecimus, quæ singulæ ex propriis causis nascuntur: nam actionis in personam una & communis omnium causa est obligatio. Sic enim à veteribus *g* describitur, ut sit actio, qua agimus cum eo, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid aut faciendum. Sed & hoc constituto jam ab initio in promtu est, quod ad superiores locos in commune respondeamus: nempe actionem in personam dari ei, qui alium sibi obligatum habet, uno verbo creditori; adversus eum, qui obligatus est, quem propriè debitorem dicimus; de eo, quod in obligationem deductum est; ut id, quale quantumque sit, præstetur & solvatur. Qui igitur vim & effecta cujusque obligationis cognoverit, idem & hujus rei universæ certam cognitionem habebit. Atqui de obligationibus earumque causis & præstatione alibi diligenter disputavimus, ut huic parti jam abundè satisfactum videri debeat, in qua quæritur de recta institutione earum actionum, quæ obligationem, ut causam effecta, necessariò sequuntur:

g l. actionum. 25. de O. & A. §. 1. Inst. de act. unde obligatio dicitur parere actionem in personam. l. licet. 42. §. 2. de proc.

præsertim cum suas cuique obligationi actiones ibidem *h* adjunxerimus, quò vis & potestas earum perfectius cognosceretur. Tantum illud monendi sumus, ibi nos actionem considerare, ut partem patrimonii nostri, nempe ut est res incorporalis & jus agendi. hîc ut ipsam judicii persecutionem, rem novam quidem & à jure agendi distinctam, sed tamen quæ ab eo jure tota pendeat. Unum nescio an ibi prætermiserim, quod ad exitum harum actionum pertinens hic commodè inseri potest. Id tale est. Diximus ibi, si id, quod debetur, datum aut præstitum non erit, tanti litem æstimari, quanti quæque res est. Quæritur ergo, ex verone, an ex affectu actoris? Et *i* extat hac de re generalis definitio; Pretia rerum non ex affectione & utilitate singulorum, sed communiter fungi: nimirum igitur tanti res unaquæque æstimanda erit, quanti omnibus valet. Sed habet tamen hoc hanc exceptionem, nisi talis sit actio, quæ jusjurandum in litem admittat. Admittunt autem bonæ fidei actiones omnes, quibus rem à nobis profectam repetimus, quales sunt, commodati, depositi, locati, & similes. In his enim similiter, ut in actionibus in rem, ob contumaciam non restituentis in infinitum jurare actori permittitur, & rem etiam ex affectione *k* æstimare. Cæterum ut reus, non præstito eo, quod debet, damnetur in æstimationem litis, in cæteris actionibus in personam perpetuum est: solæ stipulationes prætoriæ, quæ instar actionis obtinent, ex hoc numero eximendæ: cujusmodi sunt hæ tres, damni infecti, quod legatorum conservandorum causâ, rem pupilli vel adulti salvam fore: in quibus hoc *l* observatur, ut, si quis cavere recuset, nulla quidem fiat adversus invitum condemnatio in id, quod interest, sed ex duabus prioribus mittatur actor in possessionem rei servandæ causâ, ex tertia tutor aut curator ab administratione removeatur.

h Quod & omnes juris auctores factitasse, quoties de obligatione aliqua tractarunt, observare possumus in tit. de neg. gest. de const. pec. commod. depos. locati.

i In l. ferrum. 3. ad leg. aquil. l. pretia. 63. ad leg. falc.

k l. 5. de in lit. jur. plenius hac persequimur lib. 4. cap. 22.

l vid. l. prætor. 7. de damn. inf. tit. ut in poss. legat. seu fid. ca. esse liceat. l. 1. & 2. C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.

vcantur. Hisce cognitis vix quidquam superest, quod ad institutionem actionum in personam informandam in re admodum desideremus. Nam quæ extant harum actionum divisiones & nomina, ea comparata quidem sunt ad eas res, quæ de his actionibus quæri solent, significandas, iisdem tamen illis rebus & solis manentibus, quas dixi.

CAP. XLI.

Divisiones actionum in personam, earumque nomina.

AGe tamen, videamus, quænam sint istæ divisiones & actionum nomina, quam significationem & usum habeant: nam & ista scire fortassis ad cognitionem rerum nonnihil proderit. Igitur in omni actione in personam tria hæc quæri solere constat; an sit; quid sit; & qualis sit. Principio cum quæritur, an sit aliqua actio, hoc quæri intelligitur, an sit aliquâ parte juris constituta. Adhoc docendum gemina divisio comparata est. Prima, quâ omnis actio aut civilis dicitur, aut prætoria, aut *m* extra ordinaria. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ sunt, aut certo jure civili *n* confirmatæ. Prætoriæ, quas prætor ex sua *o* jurisdictione comparatas habet, quæ etiam honorariæ appellantur. Eas autem sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam *p* ædilitiæ. Enimvero non est argumentum prætoriæ actionis, quod prætor dicat edicto suo, actionem dabo. Solebant enim prætores etiam legitimas & civiles actiones edictis monitoriis *q* proponere: sed eæ duntaxat prætoriæ sunt,

m Extant duo priora mēbra hujus divisionis in l. actionum. 25. §. ult. de O. & A. tria integra in l. pecuniæ. 178. §. pen. & ult. de V.S.

n §. 3. Inst. de act. junct. §. 1. Inst. de obl. quidā etiam ex responsis prudentum actiones constitutas docent, ut & Hotom. in d. §. 3. quod non placet: vid. Don. in d. §. n. 10.

o d. §. 3. id autem est, ex edicto suo, ut passim alibi jurisdictio pro edicto. l. 1. §. pen. de post. l. 7. de jurisd & similib. nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ. l. 2. §. eodem. de or. jur.

p l. 5. pr. de V. O. §. 2. Inst. de div. stip. non quod revera sint prætoriæ, sed propter similitudinem, ut ex parte præcipua juris honorarii intelligatur totum. Don. in d. l. 5. & in d. §. 3. n. 13.

q Exemplo sit actio commodati, quæ edicto quidem proposita. l. 1. commod. civilis tamen est. l. 17. §. 2. eod.

quæ ex jurisdictione prætoris veniunt. Extraordinariæ sunt, quæ nullo certo jure ab initio constitutæ paulatim in assiduam jurisdictionem abierunt, qualis est fideicommissi *r* persecutio. Secunda divisio eodem pertinens est, quâ actiones distribuuntur in directas & *s* utiles. Directa actio est, quæ verbis ipsis legis *t* proponitur: utilis, quæ cessantibus verbis ex sententia legis utilitatis causâ *u* inducitur. Notandum tamen actionem directam interdum dici eam, quæ jure civili prodita est, relatione scilicet factâ ad jus prætorium: contrà prætoriam ad jus civile relatam dici utilem, tametsi apertè verbis edicti proposita sit. *x*

Actione jure constitutâ quæritur, quænam ea sit, & quo nomine appelletur. Hîc in magna varietate observandum est, quædam esse generalia actionum nomina, quædam specialia. Generalia sunt quatuor; actio seu condictio; interdictum; cognitiones extraordinariæ; stipulationes prætoriæ. Actio nomen generis *y* est, quo interdum omnis actio tam in rem, quam in personam significatur: interdum actio in personam tantum, sed omnis tamen: interdum etiam à tribus illis posterioribus *z* distinguitur, contrahiturque ad certam speciem, eam videlicet, quæ à veteri agendi forma etiam *a* condictio dicitur. Eam sic describimus. Actio in personam, est actio de re aut pecunia aliqua ordinariam cognitionem *b* habens. Interdicta sunt actiones in personam de possessione vel adipiscenda, vel retinenda, vel *c* recuperanda: quorum iterum ex forma jubendi quædam dicuntur pro-

r d.l.pecuniæ. 178.§.pen.de V.S.§.1 vers. quia inst. de fid. her. Gœd. in d.l. 178. huc refert & cognitiones extraordinarias.

s Extat hæc divisio in l. actio. 47. de neg. gest. l. actiones. 37. de O. & A.

t & stricta alieni & in aliquem datur, quasi verba legis in eum dirigantur. Don. in §.4. Inst. de act. n. 11.

u Quorum utrumque declaratur accommodatis exemplis ex l. Aquilia in §. ult. Inst. de l. Aquil.

x Sic directa actio opponitur prætoriæ. in d. §.4. & superficiaria utilis dicitur. l. 16. §. ult. de pig. act. quamvis verbis edicti proposita. l. 1. de superfic. Don. in d. §.4 n. 11. Mynf. ibid. n. 9.

y Vid d.l. pecuniæ. 178. §. 2. de V.S. l. actio. 28. d.l. actionis. 37. de O & A.

z Vt in l. non solum. 39. pr. de proc. & cum traduntur ista diversis tit. de actionib. de damno infecto: de interdict. de extraord. cognitionib.

a § appellamus Inst. de act. consulant antiquitatis studiosi Barn. Briss. 5. de form. Hotom. & Tuning. in d. §. appellamus.

b Dicimus de re aut pecunia ad discrimen tum interdicti, quod est de possessione, tum prætoriarum stipulationum, quibus non res aut pecunia petitur, sed sola stipulatio. tertium removet cognitionis extraordinarias.

c §. sequens. Inst. de interd. Dicuntur vulgò judicia possessoria. vid. DD. ad tit. Inst. de interd.

hibitoria, quædam restitutoria, quædam exhibitoria. Cognitiones extraordinariæ, sunt *d* actiones in personam de salariis advocatorum, medicorum &c. sic dictæ, quia contra usitatum judiciorum ordinem ipsæ prætor de his cognoscebat, non judicem dabat. Prętoriæ stipulationes, quæ genere quodam actiones petuntur *e* tres sunt, damni infecti, legatorum servandorum causâ, rem pupilli salvam fore. Appellantur autem actiones per metonymiam subjecti: ipse enim stipulationes actiones non sunt, sed actionibus petuntur.

d Nasç ex obligatione: obligatio ex contractu finitima locationi & conductioni. vid. cap. 7. lib. 2.
e d. l. actionis. de O. & act. junct. tit. ff. de tut. vel cur. qui sat. non ded.

Generibus infinitæ species subjectæ, quarum & infinita propè nomina: sed quæ ad rationem originis suæ revocata & ipsa futura sint finita. Ducuntur autem aut à causis propioribus; ab efficiente, actio ex stipulatu, commodati, emti venditi, tutelæ, furti &c. à re petita, condictio certi, condictio furtiva, interdictum de precario; à forma agendi, cum aliæ vulgares & usitatæ, ac proinde certæ, aliæ incertæ dicuntur, aut præscriptis verbis & in factum; à fine actio ad exhibendum, popularis, noxalis, tributoria, interdicta de tabulis exhibendis, de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis ducendisve: aut à remotioribus; à nomine legis, actio legis Aquiliæ, condictio ex lege; aut auctore actionis, aut Pauliana, Calvisiana, condictio Triticiaria, interdictum Salvianum: aut à personis contrahentium, ut exercitoria & institutoria: aut denique ex primis edicti verbis, ut quod metus causâ, interdicta quorum bonorum, quod legatorum, unde vi, uti possidetis, utrubi, quod vi aut clam.

Sed quomodocunque actiones suis nominibus distinguuntur, nascuntur omnes ex iis causis, quæ à nobis expositæ sunt in argumento de obligationibus: ac proinde ad substantiam rei nihil admodum hæc distinctio pertinet. Eò conducere potest, ut res ipsæ, quarum notæ sunt & symbola, certius intelligantur.

Cum

Cum constabit, quænam sit actio, restat ut qualis ea sit, inquiramus. Ad hoc ostendendum variæ iterum divisiones comparatæ. In summa, quædam indicant actionum inter se ordinem; aliæ genus præstationis; nonnullæ ad probationis necessitatem referuntur; quædam denique ad vim & effectum judicii. Ordo indicatur, cum quædam directæ dicuntur, quædam præcurrentes & præparatoriæ. Directa judicia hîc non accipimus ea, quæ ex verbis legis dantur, sed principalia, opposita nimirum actioni ad exhibendum, quæ illorum *f* præparatoria est. Genus præstationis indicant quatuor. Prima docet, quid quaque actione petatur. Ea est, quâ quædam actiones rei persequendæ gratiâ comparatæ dicuntur; quædam pœnæ; quædam tam pœnæ quam rei, & ob id *g* mixtæ. Rei persequendæ, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis *h* abest. Id quadruplex, quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcunque ejus, quod nobis abest, æstimationem *i* continet. Ex contrario pœnæ persequendæ, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest, seu quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent. In summa rei nomine hoc loco continetur, quidquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quę sint actionis alterutrius generis aut mixtę. Quod si id in singulis generibus tibi ostendi velis, sic habe. Actiones ex *k* contractu & quasi contractu omnes rei persecutoriæ sunt, excepta una atque altera actionum specie ex contractu, depositi miserabilis & redhibitoria, una item ex quasi contractu, legati pii, solutione ejus usque ad in jus vocationem dilata: quæ mixtam

f & ad directas viam agentibus sternit. l. 1. l. 3. §. ibidem. l. si quis hominem. 17. ad exhib.

g §. sequens. 16. Inst. de actionib. & ibi DD.

h Cujus persecutio opponitur persecutioni pœnæ in l. in honorariis. 35. de O. & A.

i Qualis est æstimatio, quę fit ex jurejurando in litem, item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest. §. ult. Inst. de V. O. plura Don. in d. §. sequens. Gisan. in d. l. 35. n. 7.

k De actionibus in rem dubitari non oportet, quin omnes sine exceptione sint rei persecutoriæ. §. sci. 17. Inst. de act.

mixtam causam *l* obtinent. Ex maleficiis duæ sunt pœnales tantum, actio furti & injuriarum, mixtæ *m* reliquæ, præter condictionem furtivam & actionem rerum amotarum, quæ *n* rei persecutionem habent. Ex quasi maleficiis omnes item mixtæ, sive partim rei partim pœnæ persecutoriæ. Valet quidem hæc divisio præcipuè ad intelligendum, quid peti oporteat: sed valet etiam ad dignoscendum, quæ actiones perpetuæ sint, quæ temporales, denique ad statuendum de heredibus, quæ in hos dentur, quæ non dentur: quos locos alibi perstrinximus.

Secunda ostendit, quantum quaque actione rectè petatur. Ea est, qua dicuntur omnes actiones vel in simplum conceptæ, vel in duplum, vel in triplum, vel in *o* quadruplum. In simplum omnes, quæ rei persecutionem continent. In duplum, furti nec manifesti, & servi corrupti, damni injuria adversus inficiantem, depositi miserabilis, legati pii adversus inficiantem aut etiam solvere differentem, usque dum in jus vocetur. In triplum, una condictio ex lege adversus eum, cujus dolo malo factum est, ut viatores plus debito nomine *p* sportularum exigerent. In quadruplum, furti manifesti, vi bonorum raptorum, quod metus causâ, calumniæ, condictio adversus executores litium, qui plus, quam ipsis debetur, à reis exegerint: quarum prima tota pœnalis, cæteræ mixtæ.

Tertia docet, quid quantumque ex quaque actione consequamur pro potestate atque officio judicis, quod potissimum in fructibus, usuris & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur. Ea est. qua actiones distribuuntur in bonæ fidei, stricti juris, & *q* arbitrarias. Bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas est judici æstimandi inter litigatores, quid alterum alte-

l d. §. 17. §. vi autem. 19. eod. l. 1. §. 1. depos. l. redhibitoriis. 45. de ad. edict.

m §. ex maleficiis. 18. & d. §. 19. Inst. de act. de actione injuri. quum est in §. pœna. Inst. de injur.

n l. 7. §. ult. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. hæc actio. rer. amot. quam ob causam & perpetuas esse & in heredes quoque dari iisdem locis traditur.

o Extat hæc divisio in §. omnes autem 21. Inst. de act. ejusque partes explicantur §§. seqq.

p Sportula dicitur pecunia illa, quæ viatoribus, id est, executoribus litium pro salario dabatur. l. ult. C. de sportul. Obiter hîc notandum, jure veteri pro modo quantitatis petitæ sportulas exigi solitas fuisse, & quod mirum est, à reo.

q §. in actionum autem. 28. junct. §. præterea. 31. Inst. de act. l. 5. de in lit. jur. l. 3. §. 1. de usur.

ri ex bono & æquo præstare r oporteat. Stricti juris, in quibus potestas judicis certis s rebus adstricta est. Hîc judex sub t formula judicat, illic arbiter liberè, ut tamen ex æquo & bono. Judicia bonæ fidei ex iis contractibus oriri, qui ultro citroque obligationem u pariunt, argumento est specierum hujus generis apud Justinianum collectio: nimirum ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est & ex voto communi, non tam quid linguâ nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, ut quid præstetur, de quo non expressè convenit. Cætera judicia, si non sunt arbitraria, stricti juris sunt, exceptâ tamen petitione hereditatis, quam bonæ fidei esse x placuit propter præstationes personales hujus judicii, exemplo familiæ erciscundæ & communi dividundo. Arbitrariæ sunt, quæ ex arbitrio judicis pendent, vel in totum, ut cum, quod certo loco dari debuit, alio loco y petitur; vel respectu arbitrii, quod sententiam antecedit, ut cæteræ quibus ad restituendum aut exhibendum agitur: nam in his judex primò jubet rem, de qua agitur aut restitui aut exhiberi: deinde reum, prout paruerit, aut non paruerit, absolvit aut condemnat, ut hæc sententia ex præcedente jussu tota z pendeat.

Quarta ostendit, quasdam actiones esse, quibus semper solidum consequimur; quasdam item, qui-

r §. in bonæ 30. Inst. de act. l. 5. pr. de O & act. proinde duæ res judicium bon. fid. cõstituunt; libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa; & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa.

s In quas prætor jubebat condemnationem fieri, pro natura illorũ judiciorum, quam jus præscripserat; quæ etiam nunc manet, licet formula sublatâ. Don. in d. §. actionum. n. 11.

t Quo pertinet illud Senecæ 3. de benef. Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrũ mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.

u Quod Hotom. primus animadvertit: sequuntur & pluribus explicant Don. & Tuning. in d. §. 28.

x Quanquam n. à plerisq; pro bon. fid. judicio etiam antea habebatur. arg. l. 42. pr. de mort. ca. don. l. 38. de pet. her. tamen incertum id fuit usq; ad tempore Iustin. l. ult. C. de pet. her. d. §. 28.

y Tit. de eo, quod cert. loc. quamvis hæc genera confusim à Inst. proponantur in §. preterea. Inst. de act. ut rectè observavit Bachov. in Treut. p. 1. disp. 11. th. 5. lit. B. & disp. 23. th. 3. lit. C. adde Suibolt, dissert. 18. aphorism. 70.

z Nempe ergo pendere ex arbitrio judicis dicuntur non quod ex hoc arbitrio pendeat, an judex sententiam ferat (semper n. ferre debet, sed ferendo utrum absolvat, an condemnet. Don. in d. §. preterea. n. 2. ut arbitrium hic nihil aliud sit, quam interlocutio quædam judicis sententiam definitivam antecedens. Mynf. in d. §. præterea. n. 2. Duar. ad l. 5. de in lit. jur. n. 37.

bus modò solidum, modò minus. Illæ innumeræ, hæ paucæ. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, ad cujus modum actio de peculio *a* constituta est: aut mutua obligatio creditoris, ubi quantitas utrinque debita *b* compensatur; aut beneficium reo tributum, ut donatori, qui ex causa donationis convenitur, item parenti, liberis, patrono, fratribus, conjugibus, sociis, militibus, qui bonis cesserunt, filio exheredato, itemque qui paterna hereditate *c* abstinuit. Hos omnes ex contractibus suis conventos, placet in id tantum, quod facere possunt, condemnandos: quo beneficio hoc assequuntur, ut, etsi solvendo non sint, non idcirco tamen detrudantur in carcerem: tum ut nec his totum, quod habent extorqueatur, sed aliquid eis relinquatur intactum, ne *d* egeant. qua de re locus erit copiosius disserendi volumine sequenti, in argumento de executione rei judicatæ. *e*

Ad necessitatem probandi pertinet ea divisio, quâ judicia alia dicuntur simplicia, alia duplicia. Simplicia cætera: duplicia hæc *f* quinque; familiæ erciscundæ; communi dividundo; finium regundorum; uti possidetis: utrubi. Appellantur duplicia, quia in his uterque litigatorum duplicem personam sustinet, actoris & rei. Hinc de necessitate probationis, quæ actori jure incumbit, quæsitum. Et placet in duobus istis possessoriis, ubi uterque pro possessore *g* habetur, probationem quoque ab utroque exigendam: in reliquis verò etsi per omnium causa, eum videri actorem, qui ad judicium provocavit: si ambo simul, forte rem *h* dirimendam.

Ad vim & exitum judicii pertinet, quod quædam actiones dicuntur directæ ab utraque parte contra-

a §. fuit præterea. 36. Inst. d. tit. quantum a. in peculio sit, tempore rei judicatæ inspicitur. l. quæsitum. 30. pr. de pecul.

b §. pen. Inst. eod. sed & per retentionē sæpe consequimur, ut minuatur cōdemnatio qua de re vide Don. in d. 36. & seqq. n. 8.

c His omnibus hoc beneficium tribui legimus in §. 38. & ult. Inst. d. tit. l. 16. & aliquot seqq. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. & exheredatum. 49. de re jud.

d l. in condemnatione. 173. de R. I. facit exemplum ejus, qui bonis cessit. l. 6. de cess. bon.

e Qui locus hujus rei ex professo & bona fide tractandæ proprius. vid. lib. 4. cap. 51.

f l. 2. §. 1. comm. div. l. actionis. 37. §. 1. de O. & A. §. pen. Inst. de interd.

g Puta si ego ex justa causa possideam, tu vi aut clam, sed ab alio, quam a me. l. 1. pr. uti poss.

h l. in tribus. 13. & l. seq. de jud. d. l. 2. §. 1. comm. divid.

hentium,

hentium, qualis est una pro *i* socio; quædam directæ ab una parte, ab altera contrariæ, ut commodati, depositi, pigneratitia, mandati, negotiorum gestorum, tutelæ. Directæ hîc dicuntur, quæ ad ipsam causam, propter quam institutæ sunt, diriguntur, ut directa commodati ad persequendum commodatum: unde rursus & hæ quoque principales appellantur. Contrariæ, quæ accommodantur ad partem contrariam, quibus qui agit, principaliter nihil petit, sed per consequentiam tantum, quod ob rem, puta depositam aut commodatam *k* abest. Exitu judicii hoc *l* differunt, quod contrariis judiciis condemnati nunquam fiant infames: deinde etiam, quod in his non juretur in litem: quod utrumque secus se habere potest in directis.

i §. 2. *Inst. de pœn. tem. lit. Est quidem etiam exemto & locato actio ab utraque parte directa, sed non ejusdem nominis, ubi nec contrahentes.*

k *l. 18. §. ult. commod. l. 5. pr. depos. quod fere judicio directo dirimitur. l. 6. §. ult. de his qui not. inf.*

l *l. 1. d. l. 6. §. ult. de his qui not. inf. d. §. 2. Inst. de pœn. tem. lit. l. 5. pr. de in lit. jur.*

CAP. XLII.

De concursu plurium actionum.

Atque hæc quidem jam sufficere possent ad cognitionem rectæ actionum institutionis, de qua nobis sermo est, si una tantum de eadem re semper competeret. Sed cum fieri possit, ut plures unâ circa eandem rem eidem competant, hinc existit duplex quæstio ad jus agentis & rectam actionis institutionem pertinens: una, quando plures competant: altera, cum competunt, an omnibus experiri liceat. Competunt plures actiones dupliciter; uno modo disiunctim; altero conjunctim. Disiunctim, cum quæ ejusdem rei persequendæ gratiâ competunt, ex eadem causa omnes oriuntur; exempli gratiâ, ex contractu servi sciente domino in merce peculiari negotiantis nascitur tributoria vel de peculio; ob impensas ab uno ex sociis in rem communem

factas, datur pro socio aut communi *m* dividundo. Conjunctim, cum aut ex diversis causis plures competunt ad idem consequendum, ut commodati & condictio furtiva, & generaliter, quoties eadem res ex pluribus diversis debendi causis præstanda *n* est: aut ad res diversas, sive ex una obligatione aut occasione unius facti competant, ut actio furti & condictio furtiva, sive ex diversis, ut actio furti & commodati; aut partim ejusdem rei obtinendæ causâ, partim diversarum, ut cum una est rei persecutoria, altera in eandem rem concurrens pœnalis *o* mixta: aut cum omnes sunt pœnales. Sed & quoties lex posterior novam actionem introducens nominatim non cavet, ut eâ solâ utamur, etiam veteres eodem nomine actiones competere *p* placuit. Jam de posteriore quæstione sic habe: Quando duæ actiones de eadem re disiunctim deferuntur, una electa alteram *q* perimit. Fingè socium de impensis egisse communi dividundo, tolletur actio pro socio: finge eundem de eadem re egisse pro socio, tolletur communi *r* dividundo. Idemque generaliter probandum est, quotiens eadem quæstio in judicium *s* deducitur. At cum plures actiones conjunctim competunt, omnes concurrunt, & omnibus experiri *t* licet, sive diversarum rerum nomine competant, sive unius ejusdemque rei non utique quod eodem judicio omnes cumulari possint (non enim eâ mente deferuntur, ut omnes simul dictentur, sed ut laxior sit

m l. 9. §. 1. de trib. act. l. pro socio. 38. §. 1. pro soc. & quoties dicitur, aut hac aut illa actione me consequi posse &c. l. si mulier. 21. § ult. quod met. ca. l. si servus. 27. §. Proculus ad l. Aq. l. si ædibus. 33. de dam. inf.

n Exempla in l. si is 18. de O. & A. l. 10. de act. empt. l. 18. §. ult. de const. pec.

o Ut si actio ex contractu de re aliqua, & actio l. Aquiliæ de damno in ea re dato concurrant. l. 7. §. 1. commod. l. sed si. 47. pro soc.

p l. quoties. 41. de O. & A. sic nomine arborum furtim cæsarum & vetus actio ex l. 12. tab. competere dicitur, & nova ex l. Aquilia. l. 1. arb. furt. cæs.

q d. l. 38. §. 1 pro soc. l. in duobus. 28. §. 4. de jurej. altera in judicium deducta alteram consumit. l. 5. de fidej. nec electâ unâ datur regressus ad alteram. d. l. 9. §. 1. de trib. act. perinde ut fieret in duabus rebus disiunctim legatis, si quis unam vindicasset. l. 19. de leg. 2. quamobrem propriè hîc nullus actionum concursus: cum non utraque, sed alterutra tantum experiri liceat.

r d. l. 38. § 1. pro soc. sic intentata tributoria, non datur regressus ad actionem de peculio, aut vice versa. d. l. 9. §. 1. de trib. act.

s E. C. ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis &c., jusjurandum exactum est: deinde ex iisdem causis certum condicitur. d. l. 28. §. 4. de jurej. Hîc eadem causa, etsi alia actio.

t l. nunquam. 130. de R. J. l. pen. de O. & A. §. 1. in fin. Inst. si quis paup. fec. l. 2. § 1. de tut. & rat. distr. l. 18. de O. & A. l. 45. pro soc. & similib.

agendi

agendi *u* facultas) verum quod ſeparatim & in diverſis judiciis poſsint exerceri, nec altera per alteram unquam *x* conſumatur. Et ſi quidem diverſarum rerum nomine competant, quamvis ex eodem facto naſcantur, nulla dubitatio eſt, quin omnibus experiri liceat. Exemplo ſint actio furti & condictio furtiva, quarum illa pœnam perſequitur legitimam, hæc extra pœnam ipſam rem. Neutra harum alteram *y* conſumit. Tantundem dicimus, etſi duæ actiones pœnales concurrant, quatenus ambæ pœnam perſequuntur: neque intereſſe arbitramur, ex diverſiſne factis naſcâtur, an ex uno, quod plura delicta in ſe habeat: cum nunquam plura delicta concurrentia faciant, ut illius impunitas *z* detur. Sed etſi duæ concurrant, quarum una ſit mixta pœnalis, altera rei perſecutoria, adhuc dicendum eſt, unam per alteram non *a* tolli. Hoc amplius, etſi duæ de eadem re ex diverſis aut etiam ejuſdem generis contractibus ſimul competant, poterit actor utriuſque commodum ſeparatim conſequi, neque alteram altera conſumet, niſi ex duabus cauſis lucrativis oriantur, quas placet in eandem rem & perſonam concurrere non *b* poſſe. Plus dicimus, etſi duæ ejuſdem rei perſecutoriæ ita non concurrant, ut utriuſque commodo actor fruatur, ſed unius duntaxat, aut præterea ſi quid amplius eſt in altera, nihilominus omnibus ſeparatim experiri licere, ut nihil referat, pluriſne interſit actoris, unâ potius egiſſe, quam alterâ, an non interſit. Conſtans enim veterum & perpetua definitio eſt; nunquam plures actiones de eadem re verè concurrentes, ſive pœnales ſint, ſive rei perſecutoriæ ſe mutuo *c* perimere.

u Pet. Fab. ad l. 43. §. 1. de R. Iur. quæ de hac cumulatione omnino accipienda eſt, ſicut & l. plura. 53. de O. & A. arg. l. 32. d. tit. & l. 2. de priv. del.
x dd. ll. allegatis lit. t. l. 18. de obl. & act. l. 18. §. ult. de pec. conſt. l. 2. §. 1. de priv. del.
y l. 7. §. 1. de cond. furt. item actio furti & pro ſocio. l. rei communis. 45. pro ſoc. & ſimiles. nam quod Iavolenus reſpondit in l. ſi is 71. de furt. ſi furti actum eſt, commodati actionem extingui & contrà id non de actione furti pœnali accipiendum, ſed impropriè de condictione furtiva, ut & in l. 9. de in lit. jur. gloſſ. accipit. certè patet ex l. 14. §. qualis de furtis. condictionem eſſe ſpeciem quandam actionis furti. Pet. Fab. ad l. l. nunquam 130. de R. I. Cujac. 17. obſ. 12.
z l. 2. §. 1. de priv. del. §. ult. Inſt. ſi quad. paup. fec. l. pen. de O. & A. d. l. nunquam 130. de R. I.
a l. 7. in fin. commod. l. ſed ſi. 47. pro ſoc. l. 2. §. 1. de tut. & rat. diſtr.
b d. l. 18. de O. & A. l. 10. de act. empt. junct. § 6. Inſt. de legat. l. 17. de O. & A.
c Ergo nec ſi judicium peractum ſit, d. l. nunquam. 130. de R. I. junct. l. 28. de act. emt. l. 2. §. 1. de tut. & rat. diſtr. l. 18. §. ult. de pec. conſt. Pet. Fab. ad d. l. nunquam.

Exempla

Exempla hæc sunto. Constat legati persequendi causâ duas actiones simul competere, quarum neutra plus alterâ continet, actionem ex testamento & rei *d* vindicationem. Sic concurrere possunt condictio furtiva & actio pro socio, actio ex stipulatu & ex vendito, ut utrobique pluris intersit. Negamus in his actionum paribus unquam fieri, ut una in judicium deducta alteram *e* perimat. Quid ergo? an non saltem post rem judicatam exceptio reo dabitur, per quam alteram removeat? Condemnatione? At ego didici exceptionem rei judicatæ condemnato nunquam dari. An absoluto? Atqui ne huic quidem competere hæc exceptio potest: quippe quæ non detur, nisi ei, à quo eadem res ab eodem repetitur ex eadem *f* causa. Planè si ex una actori solutum sit, dubitandum non est, quin reus ab omnibus *g* liberetur, aut ipso jure, si quæ superest, actio bonæ fidei sit, aut per exceptionem, si est stricti *h* juris: At hoc contingit non vi judicii, sed solutionis: quippe quæ etiam extra judicium facta ad liberationem reo profutura fuisset. Illud autem generaliter hîc probandum est, si ex una minus consecutus fuero, quam per alteram, quæ plenior sit, consequi potuissem, hanc alteram quidem mihi adhuc *i* superesse, sed qua id solum consequar, quod in ea est amplius. *k*

d §. 2. in fin. Inst. de leg. an igitur propterea quod legatarius vindicatione instituta probare non potuit se dominum esse, non poterit ex testamento agere & probare rem legatam esse, & ab herede præstandam. & sic de cæteris.

e Per ea, quæ jam allegavimus. nec obstat quod de hujus generis actionibus dicitur, alterutram sufficere, alterutrâ contentum esse debere actorem. l. 5. §. 1. de calumn. l. 18. ad l. Aqu. l. si vulneraverit. 43. loc. competit. n. utraque, sed alterutra sufficit, per quam sc. actor consecutus sit, quod utraque continebatur. d. l. 18. §. ult. de const. pec. l. 2. §. 1. de tut. & rat. distr.

f l. 14. pr. l. 16. de exc. rei jud. de qua exceptione tractamus cap. 49. hujus lib.

g l. prædia. de act. empt. d. l. 2. §. 1. de tut. & rat. distr. d. l. 18. §. ult. de pec. const. quibus in locis apertè traditur judicium concurrens non aliter tolli, quam si actor consecutus sit, quam si reus solverit. &c.

h Ita nostri per d. l. 28. de act. emt. l. qui servum. 34. §. 1. de O. & A. l. si is cui. 71. pr. de furt. quanquam dicendum videtur solutione totius, quod debetur, eodem modo omnem obligationem tolli. & facit l. 18. §. ult. de const. pec.

i Sive sint merè rei persecutoriæ, l. si actum. 43. l. sed si. 47. pro. soc. sive altera pœnalis mixta, ubi etiam fortior ratio. l. 7. §. 1. commod. l. 34. §. ult. de O. & A.

k dd. ll. hanc porro materiam plenè tractavit P. Fab. ad l. 43. §. 1. & l. 130. de R. I. Don. 21. comm. 3. ejusque enucleator. Doctiss. Hilliger. add. Hotom. Illust. q. 29.

CAP. XLIII.

De restitutionibus in integrum majorum.

HÆc de actionibus juris nostri integri. Alterum genus ex duobus summis propositis, est earum, quas diximus esse juris nostri amissi, quibus tamen obliqua via eodem pervenitur. Obliqua hæc via, est auxilium *l* extraordinarium restitutionis in integrum. Restitutio in integrum est causæ jure amissæ *m* redintegratio. Hanc restitutionem causa *n* cognita tribuit magistratus. Unde satis liquet ipsam restitutionem in integrum actionem propriè non esse, sed rem, quæ petitur & postulatur à magistratu. Dicitur tamen actio figuratè, ut ex contento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam *o* continet. In hoc genere actionis eædem sunt partes rectæ institutionis, quæ in cæteris; cui competat; adversus quem; qua de re; cujus rei obtinendæ causa. Ex his tria posteriora satis per se sunt manifesta: in solo primo tota hæc quæstio potissimum vertitur, cui competat.

Competit in integrum restitutio ei, in quo sunt eæ causæ, ex quibus ea jure tribuitur. In causis duo spectanda; ut ab initio rectè nata sit; ut nata non excludatur tempore. Duæ res ab initio restitutionem in integrum pariunt; rei, de qua agitur, amissio; & amittendi causa. Amissio triplex; consistit enim aut in iis, quæ habuimus, amittendis; aut in delatis omittendis; aut in onere & obligatione in nos suscipienda, ubi non *p* expedit. Causæ amissionis aliæ in majoribus, aliæ in minoribus 25 annis, quæ ma-

l Restitutio in integrum non est commune auxilium, sed extraordinariũ. l. 16. pr. de min. id est, distinctum à jure ordinario, quo non ipse prætor cognoscebat, sed judicem dabat: ideoque nec judicem se daturum dicit, sed animadversurum. l. 1. §. 1. de min.

m Ita definitur in l. 2. C. in qu. ca. in int. rest. nec. non est. Vulgò; In pristinum statum repositio.

n l. 13. §. ult. de min. l. 2 C. si adv. rem jud. scilicet ut justitiam causæ examinet, an vera sit. l. 3. hoc tit. de in int. rest.

o Quomodo supra diximus, stipulationes prætorias actionis verbo subjici. l. 37. de O. & A. Potest etiam ex parte tota actio intelligi. Enimverò non solum principaliter & in modum actionis, sed etiam incidenter & in modum exceptionis aut replicationis proponi potest. l. 28. §. 5. ex qu. ca. maj. l. 9 § 4 de jurejur. & ibi Zaz. n. 6. & 2. seqq.

p Hæ partes eleganter comprehensæ sunt, & ad restitutionem in integ. proposita ab Ulp. in l. non omnia. 44 de min. in persona quidem minorum, sed ita, ut omnem amissionem rei nostræ contineant, cujus nomine in integrum restitutio posset postulari.

jorum sunt, eædem cum minoribus communes, non contrà. De majoribus igitur prius. Causæ amittendi in majoribus ex genere facti distinguuntur. Quidquid amittimus, aut facto nostro amittimus; aut omissione solâ; aut casu. In facto nostro, ut si quid alienamus, remittimus, repudiamus, promittimus, duo sunt, quæ in integrum restitutionem attribuunt; metus; & justus *q* error. Dolum inter amittendi causas, quæ huc *r* pertinent, non connumeramus. Quamvis enim doli quoque hæc conditio, ut nihil ratum habeatur, quod dolo factum est: tamen nulla est ex hac causa in majoribus in integrum *s* restitutio: sed si alia actio non erit, proposita est edicto actio de dolo famosa, qua restitutione nullâ præcedente recta repetatur id, quod dolo ad decipientem *t* pervenit. Neque tamen ignoramus, veteres etiam dolum numerare inter causas restitutionis in integrum. Sed illi causas communes & minorum proprias *u* confundunt: solis enim minoribus dolo mero circumventis per restitutionem *x* subvenitur. Dici quoque potest, magis id factum propter affinitatem, quam habet actio de dolo cum in integrum restitutione, quam quod ipsa propriè sit in integrum restitutio. De eo, quod metus causâ gestum est, actio duplex; una rectà in quadruplum; si quis jussus restituere lucrum, quod ex metu senserit, non restituit, quæ huc non pertinet; altera obliqua & hujus loci, quæ continet restitutionem veteris actionis & facultatis jure amissæ. Utraque conjunctim exposita est in eo loco, in quo de obligationibus, quæ ex delicto nascuntur *y* tractavimus. Etiam quod justo errore alienamus vel promittimus, sæpe ratum non est: sed ut plurimum alia *z* viâ,

q *Hæc ut facti excusationem habent & culpa eximunt, ita & in majoribus locum facere restitutioni traditur in l. 1. & l. 2. hoc tit. de in int. rest.*

r *Nam inter causas restitutionis minorum etiam dolus est adversarii. d. l. 44. de min. l. 5. C. eod. tit.*

s *Cujus rei certum argumentum est, quod nulla hîc vetus est actio, in quam se actor de dolo agendo restitui postulet, ut fit in restitutionibus.*

t *l. 1. l. arbitrio. 18. de dolo.*

u *l. 1. hoc tit. ita Fortia Oddus hoc tr. de rest. in int. p. 1. q. 1. art. 16. n. 106.*

x *Nam si majoribus quoque eo pacto subveniretur, supervacuum foret edictum de dolo. Hinc tentari potest, minori nunquam actionem famosam de dolo dari, cum semper per restitutionem ei succurri possit.* *y* *Lib. 2. cap. 53. ubi cum exponeretur genus ipsum maleficii ejusque animadversio, utrumque, quod ex eadem causa esset, & hanc animadversionem contineret conjungere necesse habui.* *z* *Puta si quid per errorem solvimus, condictione indebiti. §. 1. Inst. quib. mod. re cont. obl. aut si quid per errorem promisimus, exceptione doli vel in factum. l. si quis. 36. de V. O.*

quam

quam per restitutionem revocatur. Occurrunt tamen species, in quibus etiam in justo errore tribuitur amissi in integrum restitutio; ut de eo, quod falso tutore auctore gestum est, quem actor falsum esse ignoravit, adversus pupillum aut alios, qui lucrum ex eo contractu consecuti rebus integris *a* teneantur. Admissæ sunt ex eodem capite justæ ignorantiæ longè plures ab interpretibus ex postrema edicti *b* clausula, atque adeò adversus usucapiones præscriptionesque: sed, ut pleræque aliæ ex ista clausula admitti possent, illa tamen, quæ adversus usucapionem & præscriptionem ex causa ignorantiæ admittitur, omnimodò rejicienda est, ut fini juris de usucapionibus & præscriptionibus constituti manifeste *c* repugnans.

Omissione fit, ut rem nostram amittamus, cum aut usucapitur ea, aut dies actionis exit. Adversus hanc omissionem una res restitutionem in integrum parit, justum impedimentum. Id quadruplex; aut enim in nobis ipsis est, aut ab adversario, aut à magistratu, aut à natura rerum. In nobis *d* absentia nostra, tum necessaria, cujusmodi est reip. causâ, aut cum in vinculis inve potestate hostium aut prædonum *e* sumus; tum voluntaria probabilis, qualis est studiorum causâ & *f* similes. Illud inter hæc in-

a *l. 1. §. ult. quod fals. tut. auct. atque de hoc genere erroris accipienda haud dubiè l. 2. hoc tit. proponitur quidem ex eodem facto etiam adversus tutorem actio; ceterum quæ nullius veteris actionis aut juris restitutionem persequitur, sed novi delicti æstimationem. l. 7. d. tit. quod fal. tut.*

b *l. 1. ex quib. ca. maj. de quibus plenè Oddus p. 1. q. 8. & aliquot seqq. ubi fusè tractat de restitutione rusticorum, mulierum, item, de aliis restitutionum causis, furore, ebrietate, justo dolore, iracundia &c.* c *Alioqui nunquam esset litium finis, semper dominia in incerto, contra l. 1. de usuc. facit l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp. l. 3. C. de præscr. 30. annor. Contraria tamen opinio communis est, & usu recepta dicitur. quamvis adhuc contendatur de præscriptione 40. annorum, an etiam contra eam ex eod. capite restitutio detur, nec convenit, utra opinio sit communis. vide sis Fach. 1. cont. 69. Pin. in auth. nisi tricennale. C. de bon. mat. n. 58. Covar. in c. possessor. de R. I. in 6. p. 3. §. 3. adde Barbos. in Trentl. p. 1. disp. 11. th. 17. lit. A.* d *l. 1. hoc tit. ex qu. ca. maj. clausulâ 1. edicti. Genera absentiæ quatuor ref. 18. Sich. in l. 1. C. hoc tit. n. 5. Quinque Zaz. in §. 5. Inst. de act. n. 3. & Schneid. ibid. n. 2. post Bart. in l. ult. C. de rest. mil. Subtilius dividit. Odd. p. 1. q. 5. art. 7. & q. 6 art. 1.* e *Quæ omnia ordine exposita reperiuntur in d. l. 1. & seqq. usque ad l. 21. eod. Huc pertinent tit. C. de rest. milit. & eor. qui reip. de uxor. mil. quib. ex ca. maj.* f *l. nec non. 28. pr. hoc tit. hujus item generis est absentia, cui infirmitas auditui causam dedit: ob quam adversus rem judicatam restitutio datur. l. pen. de in integ. rest. In eod. numero & eos habet Odd. p. 1. q. 7. art. 15. qui mercaturæ causâ peregre absunt: non tamen propolas & infimi generis negotiatores. Contrà Old. class. 6. act. 9. indist: incti mercatoribus restitutionem denegat. per l. 42. hoc tit.*

tereſt,

tereſt, quod in neceſſaria & repentina abſentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntariâ aut antè prævisâ abſenti non ſuccurritur, niſi procuratorem reliquerit, iſque procurator non egerit, aut interim defunctus *g* ſit. Ab adverſario, cum nobis, in civitate manentibus, ille abſens rem noſtram uſucepit, aut dies actionis, quâ ille tenebatur, eo abſente *h* exiit. Neque hîc diſtinxit prætor, ut in clauſula ſuperiore, qua ex cauſa abſens ſit, adverſus quem reſtituit, ſed adjecit clauſulam, qua omnes, qui abſentes non defenduntur *i* complexus eſt. Ait autem, non defenduntur: æquiſſimum enim erat ſubveniri, ubi defenſor non extitit: at ſi procurator fuit, aut amicus, qui ultrò ſe defenſioni obtulit, non debet inquietari. Ac ne aliter quidem huic edicto locus eſt, quam ſi amici abſentis interrogati fuerint, an defendant, aut ſi nemo ſit, qui interrogari *k* poteſt. Ita enim abſens defendi non videtur, ſi actor ultrò interpellet, nec quiſquam defenſioni ſe offerat: eaque *l* teſtatione complecti oportet. Cæterum ex lege Juſtiniani, licet nullus defenſor exiſtat, integrum tamen eſt uſucapionem interrumpere adito judice, & *m* diligentia domini apud eum conteſtata. A magiſtratu impedimentum naſcitur, ſi ejus adeundi copia non *n* fuerit, ita tamen, ut ſolennium feriarum ratio non *o* habeatur. A natura rerum, in aquæductu, ut ſi fons exaruit, deinde poſt amiſſum non utendo aquæductum ad ſuas venas *p* redierit, ducta in hac ſpecie in integrum reſtitutione ex eadem poſtrema edicti clauſula; ex qua & plures fortaſſe ductas ejuſdem

g l. 26. §. ult. d. l. 28. pr. eod. illis n. nihil eſt, quod imputetur: his objici poteſt, quod de rebus ſuis componendis ante diſceſſũ potuerint & debuerint cogitare. d. l. 26. §. 1.

h d. l. 1. clauſulâ 2. edicti. Nam & æquum eſt, juſtam abſentiam abſenti non nocere, ita æquum nec nocere alteri. l. 21. pr. & l. ſeq. §. 1. eod.

i d. l. 21. §. 1. & meritò. quippe ſi ne juſta quidem abſentia abſenti prodeſſe debet, multo minus malitioſa aut animi cauſa ſuſcepta.

k d. l. 21. §. pen. & ult. & l. ſeq. hoc tit. ad hanc item partem pertinet ſpecies l. 15. de O & A. *l d. l. 22. pr. proteſtatio quando neceſſaria, quando item utilis agere impedito vid. Odd. p 1. q. 28. & in genere de vi & uſu proteſtationum Damhoud. prax. civ. cap. 121. & ſeq.* *m l. 2. C. de ann. exc. quæ una eſt ex novis conſtitutionibus Juſt quib. jus antiquum emendatur. Duar. ad hunc tit. fol. 128.* *n Aut jus non dixit, aut per dilationes ejus effectum eſt, ut actio eximeretur. l. 26. §. 4. hoc tit. non a. ſi causâ cognitâ actionem denegavit: quia tunc appellandum. Baro in d. §. 4.* *o Extra ordinem verò judicia proſunt. d. l. 26. §. ſi feriæ: add. Odd. p. 1. q. 14. art. 3. Maur. hoc tract. c. 356. p. l. 35. de ſerv. præd. ruſt. vide Connan. 9. comm. 12. Odd. d. q. art. 5.*

generis

generis *q* reperias. Igitur re noſtra ob has cauſas uſucapta *r* reſcinditur per in integrum reſtitutionem uſucapio: cui reſtitutioni petendæ pro veteri anno utili quadriennium continuum *s* præfinitum. Reſciſſa uſucapione reſtituitur vetus in rem actio, quæ ex re reſciſſoria dicitur, & quia contra jus civile datur, anni ſpacio circumſcripta *t* eſt. Ubi autem actione amiſsâ debitor liberatus eſt, reſtituitur in priſtinum ſtatum vetus obligatio, ut debitor vel idem iterum promittat, vel ſolvat, vel judicium *u* accipiat. Caſus aut eſt à re debita, ſi ea perierit, qui ad reſtitutionem in integrum non *x* pertinet; aut à perſona debitoris, ſi is ſalva civitate capite deminutus ſit, puta emancipatus aut datus in arrogationem, quibus caſibus amiſsâ per capitis minutionem actio à prætore *y* reſtituitur. Cæteræ capitis *z* diminutiones ad edictum de capite minutis non pertinent, ſicut nec ulla *a* creditoris. Aut eſt denique à conditione perſonæ intercedentis, ut ſi mulier, quæ beneficio Vellejani ex interceſſione non tenetur, alienam obligationem per novationem in ſe transferàt: nam & hîc placuit actionem adverſus veterem debitorem *b* reſtitui ex eadem extrema clauſula. Atque hæ ſunt cauſæ, ex quibus reſtitutio in integrum majoribus ab initio competit. Cœpta competere etiam intra tempora conſtituta exerceri debet, nempe intra quadriennium continuum, quod pro anno utili reſtitutioni poſtulandæ

q l. 30. in fin. hoc tit. l. 1. l. 5. & 6. C. de rest. mil. adde Cujac. 22. obs. 18. & 7. ad Afr. in l. 29. hoc tit.

r Duplex hîc remedium, reſcindens, quo removetur obſtaculum, ob quod agi non poterat: & reſciſſorium, quod remoto obice competere incipit. per l. 13. §. 1. de min. 7. ann. in §. 5. Inst. de act. n. 5. utrumque a. eadem opera peti & obtineri poſſe, poſtquam judiciorum dierum mos exolevit, ſtatuit Duar. ad hunc tit. fol. 131. quod & uſus ſervat. Odd. p. 1. q. 33. art. 5. Schneid. in d. §. 5. n. 84. Mynſ. 2. obſ. 25. Old. cl. 6. act. 8.

s d. §. 5. l. ult. C. hoc tit. junct. l. ult. C. de temp. in int. rest.

t l. 35. de O. & act. arg. l. 31. & ibi A. Fab. hoc tit. conſentiunt DD. omnes, excepto uno Donello: niſi quod Duar. exiſtimat judicio reſciſſorio nullum tempus ſeorſum à reſcindenti præſtitutum eſſe, ſed utrique unum quadriennium. ad tit. C. de temp. in int. rest.

u l. 9. §. volenti & §. ex hoc edicto. quod met. ca.

x Siquidem hoc pacto optimo jure liberatur debitor. l. 23. de V. O.

y l. 2. pr. & §. 1. l. 3. de cap. min. Sed hoc in contractibus: nam delictis nemo exuitur capitis minutione. d. l. 2. §. 3. l. 7. §. 1. d. tit. quo ſignificatur, reſtitutioni tunc non eſſe locum.

z Nempe maxima & media. d. l. 2. pr. d. l. 7. §. pen. & ult. & ibi ratio. eod. junct. l. 2. C. ad l. Jul. de vi.

a Creditoris capite minuto amiſſam actionem non reſtitui argumento eſt, quod prætor non minutis capite, ſed adverſus eos actionem ſe daturum pollicetur. d. l. 2. §. 1.

b l. ſi mulier. 16. in fin. l. debitrix. 24. §. ult. ad Vellej. ne ſc. beneficium juris cuiquam tribuatur in alterius injuriam. l. nec avus. C. de emanc. lib.

præstitutum est. Herédibus quoque & fidejussoribus si semel rectè constitit, intra eadem tempora conceditur, *c* adversus quos, qua de re, quo effectu competat jam sua sponte propemodum intelligitur: atque huc quoque pertinent & in commune valent ea, quæ de his partibus præcipimus cap. 46.

CAP. XLIV.

De restitutione minorum.

Edicti dè restitutione minorum propositi partes duæ; causa beneficii; beneficium ipsum. In causa quatuor hæc spectanda; persona, cui tribuitur; factum, adversus quod; circumstantiæ facti; tempus, intra quod petendum. In persona hoc exigimus, ut sit *d* minor 25 annis: atque in eo tempus à momento ad momentum computamus, ut in hoc edicto minor accipiatur, qui vicesimi quinti anni diem ultimum non *e* complevit. Pollicetur prætor in integrum restitutionem minori indistinctè. An igitur & servo? Et siquidem res talis sit, ut in ea lædi aut quid amittere possit, etiam servo minori succurrendum, Finge libertatem ei fideicommissariam præsentem deberi, & fuisse captum, cum in re mora *f* fieret. Extra hanc causam nullam video restitutionem dari de eo, quod cum servo minore gestum est, nec ipsi servo, nec domino *g* ejus. Filius autem fam. minor ex omnibus causis non minus restituitur, quam paterfa. si modò ipsius intersit, puta si sit *h* obligatus. Dices hoc modo fieri, ut etiam pater, qui alioqui vel in solidum quod jussu, vel de in rem verso aut de peculio ex contractu filij conveniri poterat, liberetur tanquam obligationis filii acces-

c De heredibus est in l. 6. de in int. rest. de fidejussoribus satis idẽ significatur in l. ex persona. 32. de fidejuss.

d Non excluduntur tamen personæ, quæ minorum jure utuntur, quales sunt respublica, fiscus & similes, de quibus Odd. p. 1. q. 3 art. 1. & seqq. Maur. c. 417. & seqq. Sub. in l. 4. C. ex qu. ca. maj.

e l. 3. §. 3. hoc tit. de min alias civiliter annus non ad momenta temporum, sed ad dies numeratur. l. anniculus. 134. de V. S. l. 5. qui test. fac. l. 1. de manum.

f l. 5. hoc tit. nempe propter spem libertatis aditum servus ad prætorem habet. l. 22. § 1. ad Trebell.

g De peculio obligato: quia is sibi imputare debet, quod passus sit eum peculium habere, aut quid ei gerendum commiserit. l. 2. §. ult. l. 4. hoc tit.

h Quod multis exemplis declaratur ab Ulp. in l. 3. § 4. hoc tit.

sio:

ſio: quando ita jus eſt, ut in omnibus ſpeciebus liberationum etiam acceſsiones *i* liberentur. Sed hoc prætori nequaquam propoſitum fuit: nam etſi filius reſtitutus fuerit, pater tamen nihilominus obligatus manebit, neque juvabitur ſuperiore regula, ut pote cui locus non eſt, ubi rei principalis perſona obligationi tantum *k* eximitur. At ſi filiusfa. minor ex eo, quod cum eo geſtum eſt, non obligatur, aut eo nomine nihil ipſius intereſt, denegabitur ei in integrum reſtitutio. Contingit hoc duabus in cauſis: ſi mutuam pecuniam contra ſenatuſconſultum acceperit, quo caſu exceptione ſenatuſconſulti *l* defenditur: ſi pro alio fidejuſſerit, cui deinde mortuo ſucceſsit: ſic enim fit, ut obligatio fidejuſſoria, quâ prius tenebatur, ipſo jure tollatur propter *m* confuſionem. Facta, adverſus quæ reſtitutio in integrum minori conceditur, tria ſunt; ſi quod habuit *n* amiſit; ſi omiſit, quod acquirere *o* potuit; ſi oneri non neceſſario ſe *p* obligavit. In quibus omnibus certo jure utimur, ut minori etiam in lucro ſuccurratur. Circumſtantiæ facti & conditiones, quæ in integrum reſtitutionem inducunt, duæ ſunt; una, ſi captus læſuſve *q* erit; altera ſi lubrico ætatis & ſuâ facilitate. Primo igitur ei, qui læſus captuſve non eſt, non ſubvenitur. Gemino aut modo fit, ut læſus non videatur; natura rei geſtæ; & jure. Natura rei, ut cum ex geſto factus eſt locupletior, aut non pauperior, puta ſi pro rei ſuæ tranſlatione parem aut majorem remunerationem acceperit, aut ſi rem ſuam,

i l. ſi quis cũs 44. de peculi junct. l. in omnibus ſpeciebus. 23. de ſolut.

k Quod accidit in reſtitutione minorum, quæ propterea nõ rei, ſed perſonæ tribui dicitur. l. 7. in fin. de exc. junct. l. 3. §. ſed utrum hoc tit.

l l. 1. C. de filiof. min. l. 1. ff. de ſenat. mac. Quid ſi juſſu patris mutuum acceperit? non adjuvatur. d. l. 3. §. ſed utrum. verſ. ſed an. quamvis ſenatuſconſultum ceſſet. l. 7. de S.C. Mac. §. proinde.

m Arg. d. l. 1 C de filiof. min. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. de ſolut.

n Puta donando, vendendo, in dotem dando, pignori obligando: item actionem remittendo, judicio agendo, tranſigendo, novando. ſolutum accipiendo, rem uſucapi patiendo. l. 40 l. 44. hoc tit. adde tit. C. ſi adv. rem jud. & 3. ſeqq. ſi adv. tranſ. & 2. ſeqq. & ſi adv. uſuc.

o Hereditatem, legatum repudiando, tit. C. ſi ut omiſſ. her. & hoc eſt, quod dicitur, minoribus etiam in lucro ſuccurri. l. 7. §. hodie. hoc tit.

p Contrahendo, promittendo, vendendo, tranſigendo. titt. C. ſi adv. vend. Si adv. tranſ. l. 27 §. 1. ff. hoc tit. judicium ſuſcipiendo. tit. C. ſi adv. rem jud. compromittendo. l. 34. §. 1. hoc tit. hereditatem. adeundo. C. ſi ut min. ab her. legatum agnoſcendo. l. 33. hoc tit. denique & delinquendo C. ſi adv. del.

q l. 11. §. 3. ff. l. 5. C. hoc tit. læſio æ. æſtimanda tempore contractus, non petitæ reſtitutionis. Sich. add. l. 5. n. 2. vide tamen Odd. p. 1. q. 4. art. 11.

Rr 2 qua

qua carere poterat, tutore aut curatore auctore justo pretio vendiderit, & pecuniam à debitore solutionis causa datam adhuc salvam *r* habeat. Jus efficit, ut ne in integrum restitutione egeat, cum jure communi satis tutus est. Fac ergò minorem sine tutoris aut curatoris *s* auctoritate alienando, remittendo, repudiando, contrahendo deteriorem suam conditionem fecisse, sententiam adversus eum indefensum latam esse, quæ alienari vetantur sine decreto, alienasse quamvis curatore auctore, hæc omnia ipso jure pro infectis habentur, ut in his necessaria non sit minori integrum *t* restitutio. Finge iterum minorem intra tempora ad agendum constituta non egisse: integras nihilominus actiones suas retinebit: quandoquidem in minorum persona ita jus est, ut præscriptiones temporales, si paucas demseris, iis non *u* currant. Exemtæ sunt primum illæ, adversus quas jure veteri non admittebatur *x* restitutio: deinde & ea, quæ objicitur de dote cauta non munerata, sic tamen, ut adversus hanc minor maritus in integrum restitui possit, si postulatio non excedat duodecimum à die nuptiarum annum, aut in herede mariti minore quinquennium. Tertiò *y* præscriptio triennii litibus finiendis præstituti. Quartò præscriptiones longissimi temporis 30 vel 40 annorum, quæ licet adversus pupillos non currant, adversus cæteros tamen minores ita cedunt, ut sint his hæc intervalla *z* servanda. Cæterum etiam damnum vel minimum in restitutionem *a* venit, modò ne ea restitutione majori

r Hisce casibus nec æquũ est minores restitui, & ipsis damnosum, nemine cum iis contrahere volẽte. l.27. §.2. l.24. §.1. hoc tit.

s Atenim si curatorem nõ habens vendidit. quod sine decreto alienari poterat, valet jure, quod gestum est, eoque casu restitutio necessaria. l.3. C. hoc tit.

t l.16. ff. d.l. 3. C. eod. l. pen. C. si adv. rem. jud. l. 22. C. de adm. tut. l.11. C. de præd. min.

u l. 3. C. quib. nõ obst. long. temp. præsc. l. ult. C. in quib. ca. in int. E. c. in querela inofficiosi tempus adolescentiæ in quinquennium nõ imputatur. l.2. C. d. tit. add. Odd. p.2. q.88. & seqq. Maur. C.94. & seqq. Alia causa est usucapionis, adversus quam necessaria restitutio. l.1. C. si adv. usuc. quia ea ex acquirentis possessione nascitur, quæ non est in facto minoris.

x Quarum novem species recensemus infra cap.45.

y Hæc & præcedens à Iust. ita inductæ, ut currant contra minores, sed adversus eas restituantur. auth si minor. C. de temp. in int. rest. l. properandum. §. ult. C. de jud. Plerique negant. l. ult. C. in quib. ca. in int. rest. pertinere ad præscriptiones novis ll. aut statutis inductas veluti anni & diei in retractu gentilitio; item ad feudi investituram petendam. Contrà Odd. p.2. q.88 art.5. adde Tiraq. de præscr. §.1. gloss 9.

z d.l. ult. C. in qu. ca. in int. rest. l.3. circa medium. C. de præsc. 30. vel 40. ann.

a l.4. de rest. in int. arg. l. si proprietarius. 22. circa fin. de damn. inf. diss. tamen comm. DD.

rei

rei præjudicetur. Duæ duntaxat causæ sunt, in quibus minorem non aliter restitui placet, quam ob grande detrimentum & *b* enorme. Una est, si creditores pignora sibi obligata ex contractu minorum vel capta ex causa judicati, non item ex contractu hereditario, jure suo *c* distraxerint: altera, cum ea res vendita est tutore aut curatore auctore, cujus distractió lege non est prohibita. *d*

Non est satis minorem captum esse: alterum accedat oportet, ut imbecillitate consilii & ætatis *e* lubrico inciderit in captionem. Et siquidem dolo adversarii deceptus sit, non dubitatur, quin ei succurri *f* debeat. At quid si sine dolo? Cõveniens est *g* menti prætoris, ut nihilominus ei subveniatur. Quod autem modis accidit, ut non lædatur facilitate sua & fragilitate ætatis, totidem modis fit, ut restitutió ei denegetur. Accidit id duobus modis, casu, & dolo ipsius minoris. Casu, cum quid consultè, hoc est, vel *h* necessariò, vel utiliter, aut honestè & more *i* boni patrisfa. ab initio à minore gestûm est, cujus deinde fructum eventus aliquis abstulerit. Non enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta levitas. Dolus quoq; minoris facit, ut auxilio indignus habeatur cum in cõtractibus, tum maximè in delictis. In contractibus si dolũ admiserit, vel re jã contractâ, puta si quid interverterit, fregerit, ruperit sciens prudens, vel in re adhuc cõtrahenda, si se majorem mẽtiendo adversarium *k* cir-

b *Quod æstimandum esse ex l. 2. C. de resc. vend. vult Sich. in auth. sacramenta C. si adv. vend. n. 41. sed Azo in summa. C. hoc tit. n. 12. & alii arbitrio judicis hîc plurimum tribuunt.*

c *l. 9. pr. hoc tit. l. 1. C. si adv. vend. pign.*

d *l. pen. hoc tit. cujus generis res omnes existimãdæ, quæ servando servari nõ possunt.*

e *l. 11, §. si locupleti. hoc tit. l. 2. C. si adv. del. l. 1. C. de filiof. min. Sic eleganti metaphorâ veteres appellant infirmitatẽ consilii, quòd minor tanquam in loco lubrico versans facilè labatur.*

f *l. 14. ff. l. 5. C. hoc tit. quippe cum ex hac causa etiam maioribus succurratur per actionem de dolo. l. 1. de dolo.*

g *Quæ in hoc edicto fuit, infirmitati & fragilitati ætatis subvenire, non autem tantum doli rationem habere. l. 1. hoc tit.*

h *Finge minorem creditorem divisisse actionem adversus fidejussores, quod facere jure communi cogitur. §. si plures Inst. de fidei. non defendetur auxilio ætatis. l. inter. 51. §. pen de fidei. vide alia exempla apud Sich. in l. ult. C. hoc tit n. 2. & 2. seqq exemplum necessitatis & casus in re familiari est in l. 11. §. 4. hoc tit.*

i *Utiliter ab initio gesti exempla in d. l. 11. §. 5. Honestè gesti, donatia propter nuptias. l. 1. C. si adv. don. item dot. per l. 9. §. 1. hoc tit. modò ne congruentem moderationem excedant. dd. ll. vid. Odd. p. 2. q. 59 Maur. c. 207. & seqq*

k *l. 9 §. 2. hoc tit. l. 1. l. pen & ult. C. si min. se mai. l. 32. hoc tit. Quid si uterque dolum admiserit? perinde habendum ac si neuter admisisset. per l. 36. de dolo. erit igitur restitutioni locus. arg. l. 7. C. hoc tit. quam ad hoc allegat Bart. in l. 3. C. si min. se mai. Mynf. obs. 20. Maur. C. 172. Odd. p. 1. q. art. 7.*

cumvenerit. Hoc amplius etsi ipse minor deceptus, non dolo adversarii, sed falsis puta tabulis majorem se affirmaverit interposito sacramento, tamen à beneficio in integrum restitutionis excluditur aut omninò, si corporaliter præstitum est, aut, si instrumento tantum comprehensum, ita, nisi evidenter ex aliorum instrumentorum probatione minorem se fuisse *l* ostenderit. Hoc cum in contractibus obtineat, non est mirum in delictis minores restitutionem non mereri, si consultâ operâ furati sint, rapuerint, injuriam fecerint, damnum *m* dederint. Planè si culpâ tantum peccaverint, non sunt à prætore *n* negligendi. De contumacia quæsitum, an etiam adversus hanc minori deneganda restitutio: puta si ad sententiam audiendam citatus non adfuit. Et placuit non esse denegandam. *o*.

Ultimum superest, tempus restitutioni huic petendæ *p* præstitum. Id quatuor est annorum continuorum, qui post annum demum 25 completum currere incipiunt. Igitur minor, quamdiu eâ ætate est, restitutionem semper rectè *q* postulat: major factus intra quadriennium continuum numerandum ex eo die, quo olim annus utilis *r* cedebat. Exactum semel sine petitione tempus nulli *s* porrogatur. De probatione hic idem jus, quod in cæteris omnibus causis. Proinde ipse minor probare debebit tum *t* ætatem, tum se captum & læsum *u* esse. Probata ætate non est necesse facilitatem & infirmitatem consilii probare, ut potè quæ huic ætati natura adjuncta est. Si dolum adver-

l d. l. pen. adde Odd: d. q. art. 2. Duar. ad. d. tit. C. si min. se maj. aliter Maur. c 170, n. 8. & seq. quem sequitur Myns. d. loc. in fin.
m l. 9. §. 2. l. auxilium. 37. §. 1. ff. hoc tit. l. 2. C. si adv. del. Etenim malorum mores infirmitas animi excusare non debet. l. 1. C. d. tit. magis que reip. interest delicta puniri, quam subveniri minorib.
n Si delictum non ex animo, sed extrà venit, id est, aliunde, quàm ex studio & cogitatione nocendi. d. l. 1. C. d. tit. adde Odd. q. 86. art. 2.
o l. 8. hoc tit. facit l. 15. §. si fortè. 22. de damn. inf. add. P. ec. 2. q. 93.
p Passim enim hæc conditio adjicitur. si statuta tempora largiantur, &c. l. 2. l. 3. l. 7. C. hoc tit. l. 1. l. 2. C. si adv. cred.
q l. 5. de in int. rest. l. 1. C. si adv. vend. l. 1. C. de temp. in int. rest. nec potest objici præscriptio temporis, quia ea minori non currit. l. ult. C. in quib. ca in int. rest.
r d. l. ult. Sufficit a. restitutionem intra hoc tempus postulasse, quamvis causa peragi non potuerit ob adversarii appellationem. l. 39. hoc tit. Myns. 1. obs. 51.
s l. 20. pr. hoc tit. consensu tamen partium prorogari posse volunt Maur. c. 47. n. 4 & seq. Odd. p. 1. q. 19. art. 10. n. 36.
t d. l. 39. l. 4. C. eod. idque sive agat, sive excipiat, ex communi lege probationum. l. 2. de prob. l. 1. de exc. Maur. c 215. adde Odd. p. 1. q. 37. Sich. in d. l. 4.
u l 9. §. 4. de jurei l. 5. C. hoc tit. puta aliquid eorum trium, quæ comprehensa sunt in l. 44. hoc tit.

sarius

ſarius objecerit, hunc ipſe probet. Quod ſi minor per errorem ſe majorem dixerit, hîc error à minore ipſo *x* probandus. Poſtremò legitimi quoque temporis probatio ex ætatis probatione & tempore rei geſtæ pœne ſponte ſua ſequitur.

x Utrumque ex iiſdem regulis. vid. l. 18. §. 1. de prob. junct. l. ult. in fin. C. ſi min. ſe maj.

CAP. XLV.

Quæ exceptiones in integrum reſtitutionem minorum removeant.

CONſtituto ex ſuis cauſis beneficio, quod quærimus, reſtabat, ut de beneficio ipſo cognoſceremus, niſi nos remorarentur cauſæ nonnullæ, propter quas minoribus etiam facilitate ſua læſis reſtitutio in integrum aut adimitur, aut adimenda videtur, cum tamen non adimant. De his igitur prius cognoſcendum. Ac primò quidem illæ removendæ, quæ, cum de his dubitari poſſit, pro exceptionibus hujus edicti non habentur: inde ad eas veniendum, quæ certo jure reſtitutionem impediunt. Non videtur prima fronte competere reſtitutio quatuor harum cauſarum propter aliquam; propter qualitatẽ & maturitatem perſonæ minoris; propter auctoritatem idoneorum hominum in re cum minore geſta interpoſitam; propter favorem perſonæ ejus, cum quo agitur; interdum & propter inconſtantiam minoris in reſtitutione poſtulanda. Primò ſcrupulum injicit perſonæ minoris qualitas. Finge enim eum hominem eſſe frugi, induſtrium, magiſtratum alioſve honores gerere, parentem eſſe multorum liberorum, rem familiarem benè prudenterque adminiſtrare: hæc utique ſigna ſunt non fragilis & infirmi, ſed prudentis & maturi conſilii. Quid ergo? An non merito hujuſmodi adoleſcentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilomagis, ſi capti probentur; *y* excludendos. Etenim quantacunque huic ætati pruden-

y l. 1. in fin. ff. l. l. 2. C. hoc tit. l. 1. C. qui & adv. quos.

Old. p. 1. q. 23. art. 3. & 13. Sich. in l. 2. C. hoc tit. n. 2.

tia tribuatur, tamen semper ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum inexperientia. Quid si advocatus sit, non mediocri juris sciẽtia imbutus? Ne hunc quidem, si captus sit excludendum z putem: utique non in iis, quæ ad jurisprudentiam, quam profitetur, nihil attinent, puta in ignorantia facti, in negotiis extra judicium, in quærenda aut collocanda a pecunia: nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti minus turpe est. b

Videamus ergo, quod secundum erat, an non saltem efficiat aliorum auctoritas interveniens, puta judicis, magistratus, tutorum aut curatorum, patris denique, ut rescindi non debeat, quod cum minore gestum est. Auctoritas judicis spectatur in rebus judicatis. Quæsitum igitur, an minor rectè defensus adversus rem judicatam, à qua appellatum non est, si læsus sit, restitui possit. Quidni verò dicamus c posse: cum etiam majoribus adversus iniquitatem sententiæ proditum sit commune remedium appellationis? At quid si in auditorio principis res judicata sit, aut à præfecto prætorio, aut à summa aliqua præfectura, an quia ab his provocatio non est, nulla erit minori adversus horum sententiam restitutio? Dicimus esse, eosque ipsos, qui judicarunt, adversus sententiam à se latam minorem posse d restituere. Atqui adversus suam sententiam appellari non possunt. nimirum appellatio querelam continet iniquitatis sententiæ, restitutio vel erroris proprii vel doli adversarii † allegationem. Quod non impedit rei judicatæ auctoritas, id vel minus impedire debet auctori-

z *Quamvis communior DD. opinio refragetur, qui ne ex contractu quidem læso restitutionem concedunt, teste Oddo p. 1. q. 23. art. 7. & Fach. 3. cont. 5. Communem sequũtur Duar. in l. 1. C qui & adv. quos. Gom. 2. res. 14. n. 5. Bronch. 1. misc. 28.*

a *Professio juris & artiũ nihil commune habet cum bonorum administratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu & experientiã comparatur. Odd. d. art. 7. Sarment. 3. sel. interp. 12. Fach. d. loc. quo item pertinet locus Ciceronis 2. offic. in fin.*

b *l. 2. §. Servius. 43. de or. jur. Hinc & peritiam alterius artis, quam minor profitetur, restitutionem impedire circa negotia illius artis & professionis statuunt Maur. c. 2[illegible]. Odd. d. art. 7. n. 32. & seqq.*

c *Toto propè tit. C. si adv. rem jud. Quid si res ter judicata? negat restitutionem dari A. Fab. ad l. 18. §. 2. hoc tit. sed vide Mynf. 3. obs. 84. & de tota hac re in universum. Odd. p. 2. q. 68. & seqq. Maur. c. 192. & seqq.*

d *l. 16. §. ult. l. 17. & seq. l. præses. 42. hoc tit. rectè igitur & adversus sententiam supremæ alicujus Curiæ restitutio petitur.*

† *Hanc diversi juris rationem eleganter reddit Hermogenianus in d. l. 17. hoc tit.*

tas

tas magistratus, cujus decreto res minoris *e* vendita est: siquidem magistratus vendi quidem rem minoris permittit, pretium autem decreto suo non comprobat. Præcipuam dubitationem habet tutorum aut curatorum auctoritas Nam & potestas eorum in rerum administratione restitutioni obstare videtur, & auctoritatis interponendæ finis. Placuit tamen non usque eò valere debere eorum auctoritatem, ut id beneficium curæ suæ commissis adimant, quod remorâ hac auctoritate habituri *f* fuissent. Quod adeo verum est, ut etiamsi tutor aut curator *g* solvendo sit, ut ab his suum minor consequi possit, tamen quo minus restitutionem petat nihil sit ei *h* impedimento. Cæterum non est hoc in omnibus causis perpetuum, sicut, ubi ad veras hujus edicti exceptiones ventum erit, ostendemus. Denique nec patris quidem auctoritas interveniens minorem à restitutione *i* excludit. Quinimò minus in hac re patris auctoritati, quam curatoris tribuendum est, cum pater, quatenus pater est, nec administrationem rerum habeat, nec auctor fieri obligetur.

Favor personæ justam dubitationem adfert in fisco & eo debitore, qui minori pecuniam debitam auctore curatore solvit. Fisci quantus sit favor, quam multa privilegia notum est: certo tamen jure utimur, ut minor, si captus est, non minus adversus fiscum *k* restituatur, quam adversus cæteros: una sane hîc exceptio est, de qua item posteà. Non temerè debitor pecuniam minori debitam tutoris aut curatoris auctoritate solvit: placet tamen, si minor pecuniam acceptam postea perdiderit aut male consum-

e l. 2. C. de fid. min. l. 11. C. de præd. min. Sanè contra solutione ex decreto factam non auditur minor. l. 7. §. 2. hoc tit. nimirum solutio illa necessaria est: alienatio verò permissiva tantum.

f Tot. tit. C. si tut. vel. cur. interv. l. tutor. 47. hoc tit. neq; tamē ideo frustra adhibetur auctoritas, quippe quæ hoc semper præstat. ut ipso jure valeat, quod geritur inst. de auct. tut. l. 3. C. hoc tit.

g Enimverò ubi curatores idonei, placet minorem non aliter restitui adversus emtorem, quam si fundo meliore reddito, impensas bonâ fide factas præstare velit. l. 39. §. 1. hoc tit.

h *Vt sit in potestate minoris, utrum tutorem &c. conveniat, an in integrum restitui postulet: nec oberit ei electio, quo minus quod unâ viâ consecutus non est, id alterâ consequatur. l. ult. C. si tut. vel. cur. non obstat. l. 16. pr. hoc tit. unde fluxit brocardicum illud, quod DD. pro certa lege habent, remedium ordinarium & extraordinarium non concurrere vid. Duar. ad d. tit. C. Baron. & A. Fab. ad d. l. 16. quomodo a. id declarent vel restringant pragmatici. Odd. p. 1. q. 17. Maur. c. 12.* i *Exemplum hujus est in filio, qui pro patre fidejussit. in l. ult. C. de filiof. min.* k *l. 2. C. si adv. fisc. l. in fraudem. 45. §. ult. de jur. fisc. l. ult. de in interest. adde Maur. c. 217. & 219 Odd. p. 1. q. 18. art. 31. & seqq.*

ſerit, etiam hîc eum reſtitui *l* poſſe. Cæterum adverſus hoc incommodum debitori ſua cautio eſt, de qua lib.2.cap.68. Poſtremò nec inconſtantia, quæ cæteris obeſſe ſolet, minori læſo nocet in petenda variè reſtitutione. Finge eum hereditatem ſibi delatam & à ſe repudiatam primò, poſtulatâ deinde reſtitutione admiſiſſe, rurſus deſiderare, ut iterū eam repudiet, audiendum eum eſſe & reſcriptum & reſponſum eſt. *m*

His igitur remotis ad veras hujus edicti exceptiones transgrediamur. Harum origo triplex; aut à re ipſa; aut ab adverſario; aut à facto minoris. Rerum, quæ reſtitutionem & prærogativam minorum excludunt, novem ferè ſpecies. Prima eſt *n* libertas ſemel jure data. 2. *o* Servitus, ſi major 20. annis ad pretium participandum ſe venundari paſſus eſt. 3. Præſcriptiones temporales, quæ minoribus jure ſingulâri currunt: quales ſunt, præſcriptio 60. dierum, quæ marito objicitur uxorem adulterii *p* accuſanti; quinquennii, de ſtatu *q* defuncti; item triennii, liti finiendæ *r* conſtituti, modò minor à curatoribus jacturam, quam ex ea re propter deſidiam eorum paſſus eſt, ſarcire *s* poſſit. 4. Executiones pœnarum omiſſæ aut *t* remiſſæ. 5. Solutiones quædam auctore curatore minori factæ; cujus generis hæ *u* tres; redituum & penſionum annua præſtatio; fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutio; ſolutio ex ſententia judicis celebrata. 6. Pignoris *x* publici ob penſitationes publicas non ſolutas, item prætorii ob rem judicatam *y* capti diſtractio. 7. Res judicata tum pro libertate, tum adverſus reſtitutionem antè poſtulatam,

l l. 1. C. ſi adv. ſol. niſi debitor à prætore compulſus ſolverit. e. ſi ſine curatoribus. l. 7. § 2. hoc tit.

m d. l. 7. §. reſtitutione. 9. alia ſpecies inconſtantiæ, quæ tamen non impedit, quo minus minor audiatur, eſt in l. 37. §. 1. eod.

n Tit. C. ſi adv. libert. l. 9. in fin. l. minor. 48. §. 1. hoc tit. niſi à Principe ex magna cauſa reſtitutio impetretur. l. 10. eod.

o Hac res nō magis, quam ſuperior, reſtitutionem capit. d. l. 9. §. 4.

p l. auxiliū. 37. §. 1. eod. ubi & negatæ hîc in integrum reſtitutionis ratio redditur à Triphon.

q l. 6. C. ne de ſtat. defunct. quod jus in hac ſpecie favor libertatis expreſſit.

r Eoque triennio deſidia tutorum vel curatorum tranſacto. l. properandum. §. ult. C. de jud.

s Quod ideo conſtitutum exiſtimat Mud. ad l. ult. C. ſi tut. vel cur. ut vel proprio diſpendio diſcerent tutores & curatores tempora ſtatuta obſervare.

t d. l. 37. pr. id eſt, ſi minor vel intra tempora conſtituta pœnæ perſecutionem omiſerit, vel auctoritate tutoris &c. remiſerit. vid. A. Fab. in d. l.

u De quibus in l. 25. C. de adm. tut. l. pen. pr. C. ad Trebell. §. ult. Inſt. quib. al. lic.

x l. 1. & 2. C. ſi propt. publ. penſ. l. 1. l. ult. C. ſi adv. fiſc. l. ult. C. de fid. inſtr. & de jur. haſt. fiſc. lib. 10.

y Niſi minor magno & enormi damno ex ea venditione affectus ſit. l. 1. C. ſi adv. vend. pign. l. 9. pr. hoc tit.

tam,

tam, ne res abeat in infinitum: ſi tamen in poſteriore poſtulatione novas allegationes minor atulerit z audiendus eſt: alioqui ſola appellatio (citra metum tamen *a* præſcriptionis decem dierum) ei ſupereſt. 8. Repudiatio hereditatis, ubi minor non ſuus heres ad paratam laboribus ſubſtituti pecuniam venire *b* tentet. 9. Poſtulatio reſtitutionis ob minimam rem aut ſummam, ut præjudicetur majori, ut ſi minor, exempli cauſâ, grege univerſo ſibi vendito duo capita morboſa redhibere velit, aut vendito latifundio paratum aut *c* vinetum. Perſonæ adverſus quas reſtitutio non admittitur, ſunt tres, minor item læſus, parens, patronus. Si minor æquè læſus proponatur, adverſus hunc minori læſo nulla eſt reſtitutio & in pari cauſa potior habetur is, cum quo *d* agitur. Cæterum ſola ætas rei reſtitutionem excludit, alia autem beneficia non item, cujuſmodi ſunt exceptiones SC.orum Macedoniani & *e* Velleiani. In parente & patrono perſonarum reverentia omnem removet reſtitutionem in eo, quod cum liberis aut libertis *f* geſſerunt. Neque tamen parenti aut patrono impune eſt, ſi liberos ſuos aut libertos dolo circumvenerunt: tenentur enim eo nomine actione in factum verbis temperanda. *g*

Facta hoc auxilium excludentia item tria. Primum eſt, ſi minor ſolers & diligens probatæque vitæ, annos minimum 20 natus, quarum rerum probatio tranſigenda apud ſupremum magiſtratum, cujus juriſdictioni ſubjectus eſt, veniam ætatis à principe *h* impetraverit: quæ impetratio hanc vim habet, ut deinceps in adminiſtratione rerum ſuarum pro majore habeatur: modò ne prædia ſua alienet aut *i* obliget. Secundum, ſi quod minor geſſit, id poſtea

z Vide l. 1. l. 2. & ult. C. ſi ſæpius in int. reſt. poſt. & Duar. ad eund. tit.

a Quæ præſcriptio novo jure adverſus minorem non cedit, ſed ex eo demum tempore cedere incipit, ex quo major factus. l. ult. C. in qu. ca. in int. reſt.

b l. 24. §. Scævola. hoc tit. l. ult. C. de rep. her.

c l. 4. de in int. reſtit. & ibi Accurſ.

d l. 1. §. pen. l. 34. hoc tit. per regulam in pari 128. de R. I. ſecus tamen eſt, ſi unus tantum captus ſit, vel de damno certet. d. §. pen. Odd. p. 1. q. 18. art. 4.

e d. l. 11. §. ult. l. 12. eod. quippe major ætatis favor, qui ratione naturali nititur, quam SC.orum quæ civilis duntaxat.

f l. ult. C. qui & adv. quos in int. reſt. non poſſ. Quod ſi reſtitutio filii non lædat exiſtimationem patris, ſecus eſt: ut in ſpecie l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.

g l. 11. & ſeq. ff l. 5. C. de dolo. adde Gilbert. Reg. 1. enant. 15.

h l. 1. l. 2. & tot. tit. C. de his qui ven. ætat. fœminas annum 18. impleſſe ſatis eſt.

i l. 3. C. d. tit. Gomeſ. 2. reſol. 14. n. 12. Manſ. C. 225. n. 4. Duar. ad d. tit. c. de his qui ven. æt.

major

major factus *k* comprobavit. Tertium, si in contrahendo caverit, se adversus ea, quæ gesta sunt, non venturum, idque *l* jurejurando insuper confirmaverit. Qua de re extat *m* constitutio Frederici imperatoris in hæc verba; Sacramenta puberum sponte *n* facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per justum metum extorta etiam à majoribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti jubemus. Quod constitutio jubet sacramenta metu extorta nullius esse momenti, id non minus justè constituitur in dolo & justo *o* errore: ut in summa inutile sit jusjurandum, quod quis præstitit vel metu coactus, vel dolo adversarii circumventus, vel suo ipsius errore falsus.

k *l. 3. §. 1. ff. hoc tit. C. si maj. fact. rat. hab. de quo pluribus Gom. d. loc. n. 11. Odd. p. 1. q. 25. & seq. Maur. 264. & seq.* *l* *l. 1. C. si adv. vend. qua in lege jusjurandum corporaliter præstitum appellatur, quo, ex more apud ethnicos usitato, majoris religionis causâ se obstringebant rem aliquam tenentes, puta tangentes sacra & altaria. De quo plura Brisson. 8. de form. Rav. 5. var. 5.* m *Auth. sacramenta puberum. C. si adv. vend. ad cujus explicationem certatim commentationes suas contulere DD. tum Citramontani ut Bart. Bald. Salic. Castr. secuti Marsin. qui hanc auth. etiam de contractu alias ætatis respectu invalido accipiunt: tum Ultramontani, qui cum Bulgar. eam accipiunt de contractu valido duntaxat.* n *Non ait corporaliter præstita, ut Alexand. in d. l. 1. aut tactu evangeliis, qui ritus Christianorum fuit. Quia ad substantiam juris jurandi non pertinet rei ullius, quantumvis sacræ præsentia aut tactus.* o *C. cum contingat. 28. X. de jurejur. facit l. in omnibus. 57. de O. & A. adde Sich. in d. auth. n 30. 40. & seq. Covar. in C. quamvis. 2. de pact. in 6. p. 3. §. 4. & p. 2. §. 6. num. 10.*

CAP. XLVI

Quale sit hoc beneficium: & peculiariter quibus, adversus quos, qua de re, cujus rei consequendæ causa competat.

VEnio nunc ad ipsum beneficium. Id quale sit, & quid minoribus tribuat, videamus. Principio de genere beneficii hoc tenendum, non esse beneficium hujus restitutionis tale, qualia principis sunt beneficia, quæ ex liberalitate & arbitrio principis tota pendent, sed judicium seu actionem: proinde in eo eadem omnia, quæ in cæteris judiciis servari,

vari, tum quæ *p* communia sunt omnium, tum quæ hujus judicii peculiaria, & pertinentia ad jus petitoris. Videamus ergò, sicut in cæteris fecimus, cui hæc actio competat, adversus quem, qua de re, quo fine & effectu.

Competit minori 25 annis suâ facilitate & lubrico ætatis læso, si nihil extrinsecus intervenerit, quo à restitutione excludatur, qui locus jam est expositus. Illud sanè inde constare potest, nunquam ab initio restitutionem hanc alii tribui, quam minori. Sed an semel minori quæsita, ab hujus persona ad alios, puta heredes, fidejussores transeat, non est æquè in promtu. Dubitatio ex genere beneficii: nam si causæ beneficium est, cur minus transeat, quam cætera jura, quæ causæ cohærent? Si personæ, personam minoris egredi non debet. Causæ beneficium esse dixeris, propterea quod non tam persona minoris restitutioni locum facit; quam causa, si captus est, si læsus. Rursus personæ esse dixeris, quia non omnibus, qui læsi sunt, tribuitur, sed minoribus duntaxat. Utri igitur generi restitutionem associamus; Neutri quidem in totum: sed pro beneficio causæ eam habebimus in persona *q* heredum minoris, pro personæ beneficio in *r* fidejussoribus, ut qui hoc auxilium, quatenus causæ est, suâ conventione repudiasse *s* videantur. Nec est contrarium, quod traditur, in omni genere liberationis, liberato reo principali, etiam liberari accessiones: hoc enim toties verum est, quoties principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut removetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est, verbi causâ, exceptio SC^ti. Velleiani. At quan-

p Nempe ad constitutionē judicii pertinentia: nam & hoc judicium constituitur inter duos, & uterque etiam per procuratorem agere potest. l. un. C. etiam per proc. ca. in int. rest. sed qui speciale mandatum habeat. sup. C. 22. in fin. nec potest ligo res agi nisi, apud competentem judicem l. 16. §. ult. hoc tit. l quis a. hîc competens. vide Covar. 1. resol. 4. Odd. p. 1. 32. Maur. c. 35. Merul. lib 4. tit. Van requeste civile. Illud singulare, quod etiam is, qui judicavit, adversus sententiam à se latam restituere potest, ut cap. praeced. Ordo quoq; judicii hîc idem. l. 13. pr. l. 29. §. ult. hoc tit. l. un. C. in int. rest. post. ne quid novi fiat. Sich ad l. 3. C. de int. rest. n 13. Odd. p. 1. q 34. & seq.

q l 6. de rest. in int. etsi sint ipsi majores. l. 18. § ult hoc tit. non datur tamen heredibus totum statutum tempus, sed id duntaxat, quod habuit reliquum defunctus, cui successerunt: cæterum minori heredi id tempus non ante computatur, quam adolescentiam excesserit. l. 19. hoc tit.

r Quos idcirco hoc beneficio non juvari constanter traditum est. l. 13. pr. hoc tit. l. 3. C. fidej min. l. 7. in fin. de except.

s In hoc enim fidejussor accipitur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat. d. l. 13. pr. hoc tit. Cujac. 19. obs. 29.

do

do manente obligatione persona rei duntaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur, fidejussores nihilominus obligati t manent. Excipiendi nobis sunt duo casus. Primus est, cum fidejussor pro minore dolo adversarii circumvento intervenit. Ex hac causa, quæ minori competit exceptio doli, ea pro beneficio causæ omni ex parte habenda, ut etiam fidejussoribus prodesse u debeat: quippe cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur. Alter casus est, quando fidejussor intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, quam deinde exuit beneficio ætatis: veluti si fidejubeat pro minore tanquam defensore alienæ litis, aut tanquam x herede. Qui enim pro his, quatenus tales sunt, fidejubet, apertè id agit, ut ne teneatur depositâ hac personæ qualitate.

Competit adversus aliquem aut ex aliena persona aut ex sua. Ex aliena adversus patrem, dominum, quatenus ad eos pervenit, aut quatenus patiantur vires y peculii. Ex sua persona adversus omnes, ad quos per occasionem rei gestæ aliquid pervenit. In hoc numero tres. Primum is, qui quid cum minore gessit, contraxit, quo quid ad eum perveniret. Secundò, ad quem emolumentum facti minoris statim pervenit, sive rectà, ut si repudiatam à minore hereditatem is, cui ea secundo loco deferebatur, adierit; sive per consequentiam, veluti si minor reum principalem liberaverit, quo facto etiam fidejussores & pignora z liberantur. Tertiò rei à minore alienatæ quivis possessor, sed duobus tantum casibus; si is (finge secundum emtorem) rem à minore primum venditam esse scivit, aut eo id ignorante is, cui eam minor vendidit, non sit a solvendo. Ex his autem

t l. ult. de duob. reis vide quæ scripsi lib. 2 cap. ult. in fin.

u l. ult. C. de fid. min. junct. d. l. 7. in fin. ff. de except. Maur. C. 14. Odd. p. 1. q. 48. Dunr. ad d. tit. C. de fid. min.

x Tanquam pro defensore, ut in specie l. minor. 51. de proc. tanquam pro herede, ut in specie l. si filius. 87. de acq. her. Alia ratio redditur ab Accurs. in d. l. minor. quam comm. sequuntur DD. utique fidejussori, qui minori heres exstitit, salvum manet restitutionis auxilium, non tamen qua fidejussor, sed qua heres. l. Stichum. 95. §. 3. in fin. de solut.

y l. 24. §. 3. hoc tit. ne sc. ex facto filii aut servi lucrum faciant, cum jactura minoris, datur & contra heredes. l. 6. & seq. C. hoc tit.

z Vid. d. l. 24. §. 2. l. 27 §. 2. hoc. tit. Si ex duobus reis alteri acceptum tulerit, in utrumque restituenda actio. d. §. 2. l. 27.

a l. 13. §. 1. & ult. & l. seq. eod. adde Odd. p. 1. q. 32. art. 7. Maur. C. 21. n. 7. & 8.

ſatis liquet, reſtitutionem hanc modò pro actione in perſonam eſſe, ejuſque naturam imitari, cum datur adverſus eos heredeſq; eorum, qui cum minore quid geſſerunt, contraxerunt, aut ad quos ex facto minoris aliquid pervenit: modò pro actione in rem, cum datur adverſus rei poſſeſſorem, qui nihil geſſit, nihil ex geſto accepit: modò eas ipſas actiones minori tribuere, acceptilatione aut alienatione reſciſſâ. *b*

Ea res in reſtitutionem venit, cujus amiſſæ redintegratio poſtulatur. Finis, quem & effectus ſequitur, hic, ut quod geſtum eſt, reſtituatur, ut & minori & adverſario ejus omnia ſint integra. De minore conſtat. Huic ita conſulitur. Quidque ei ſuo facto abeſt & ad alium pervenit, ei *c* reſtituitur; re ab eo emta, pretium; venditâ, ipſa res; liberato debitore, actio; obligatione ſuſceptâ, libertas. Adhæc ſi quid amiſſum in contractu bonæ fidei, aut repudiatum ex cauſa legati aut fideicommiſſi, uſuræ quoque & fructus ex tempore rei geſtæ accedunt, una que cum re in reſtitutionem *d* veniunt.

De adverſario minoris dubitari poteſt, propterea quod hoc edictum ſolis propoſitum minoribus: ſed vox ipſa reſtitutionis ſatis arguit etiam huic ex eadem cauſa, hoc eſt, ex uno eodemque & mutuæ relationis negotio, ſuccurri: cum non ſit reſtitutio, niſi reſcindatur & irritum fiat, quod geſtum eſt, reſque eo deducatur, quaſi ab initio nihil geſtum eſſet. Quid? quod alioqui minoribus ætas ſua lucrum adferret cum jactura aliena, quod utique prætori propoſitum *e* non fuit. Debet ergò & adverſario minoris jus ſuum integrum reſtitui. Reſtituetur au-

b *d. l. 13. §. ult. l. 9. §. 3. & 4. quod met. ca. unde intelligi poteſt, quod Paulus ſcribit, ex hoc edicto nullam propriam actionem vel cautionē proficiſci. totum n. hoc pendere ex prætoris cognitione. d. l. 24. §. ult. hoc tit.*

c *Quid ſi res cum alio cōmunis? reſtituetur minor pro ſua tantū portione. Neque n. alio illius cæteris patrocinari debet l unic. C. ſi in cōmu. ead. ca. in int. reſt. poſt. niſi ſi emtor à toto contractu velit diſcedi, quod parte emtionis non eſſet. l. tutor. 47. §. 1. hoc tit. Plane ſi res diviſionem non recipit, propter minorem major quoque juvatur l. 10. quemad ſerv. am. Duar. ad d. tit. C. Odd p. 1. q. 46.*

d *l. 27. § 1. l. minor. 40 in fin. hoc tit. Nam in minorum perſona re ipſa & ex ſolo tempore tardæ pretii ſolutionis mora contrahitur. l. 3. C in qu. ca. in int. reſt.*

e *Qui minoribus quidē conſulere voluit, ne caperentur & in damnū aliquod inciderent. l. 1. hoc tit. ſed non, ut lucrum cum alieno detrimento contra æquitatem naturalem quærerent. Sicut ergo, qui reſtituitur in damno verſari non debet, ita nec in lucro. l. un. C. de rep. quæ fi. in jud. in int. reſt. l. 24 § pen. hoc tit.*

tem,

tem, quod ex negotio cum minore gesto amisit, & per eam causam ad minorem pervenit, aut dolo malo minoris factum est, quo minus *f* perveniret; sive pecunia sit, ut si fundum à minore emit, pretiũ cum usuris ex *g* mora; sive res, ut si quid minori vendidit, cum eo permutavit *h* divisit; sive actio, ut si in transactione minorem pacto vel acceptilatione liberavit, aut si facto minoris præscriptio temporalis *i* sublata. Illud hic in universum tenendum est, si minor jussus vicissim restituere, quod accepit, uti velit in integrum restitutione, etiam ea, quæ diximus, adversario præstare debere. Quod si pœnitentiâ ductus retinere maluerit, quæ habet, quam quod amisit, recipere, faciendam ei potestatem. inque eam rem habere *k* exceptionem utilem adversus eum, qui ex causa judicati, quod dederat, petit. Omnis autem hæc negotii rescissio tantum inter minorem & adversarium ejus constituta est: aliis nocere non debet.

f Cætera autem non præstat minor, qui restituitur. de quibus vide l. 22. hoc tit.

g de l. 24. §. pen. l. tutor. 47. in fin. eod. excipe si minor solutam sine judice pecuniã malè consumserit aut perdiderit. §. ult. Inst. quib. al. lic. Quid si casu perdita? benignius est dicere minorem non juvari. Odd. p. 1. q. 4. art. 5. n. 24. Maur. C. 175.

h l. un. C. de rep. quæ fi. in jud. in int. idem placet, si de restituenda hereditate agatur, quam aditam minor restitutus repudiavit. d. l. un, l. 7. §. 5. hoc tit. *i l. 1. & 2. C. si advers. trans. d. l. un. C. de rep. quæ fi. in jud. in int. rest.* *k l. si judex. 41. hoc tit. ubi vide Ant. Fab. adde Maur. C. 142. & 144.* *l Propone minorem adita hereditate creditoribus quibusdam solvisse restituto minore non admittitur aliorum creditorum querela adversus eos, qui pecuniam suam ante restitutionem recuperarunt. l. si mulier. 31. hoc tit.*

De exceptionibus.

CAP. XLVII.

Quid sit exceptio & quotuplex: tum in genere de vi & effectu peremtoriarum.

Cum de materia judiciorum tractatum ordiremur, duas esse res dicebamus, quæ in judicium deducerentur, actionem à parte actoris, à reo exceptionem. De actionibus cognovimus: solæ supersunt exceptiones, neque præter has ulla alia res, si ab actione discesseris, in judicium principaliter deducitur. Id adeò ita liquere *m* potest. Omnis reus, qui

m Si quis hîc mihi Rhetorũ libros adire velit, poterit fortasse nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc nostra melius intelligenda haurire.

qui modò judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cum negat ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex est, cum reus simpliciter negat id factum, quo nomine agitur; ut, exempli gratia, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, ut pote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratiâ, actorem ideo vindicare rem non posse, quia reus dicit se eam usucepisse; in personam non posse agere, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio: tantum quæritur de actione & intentione *n* actoris, quæ in dubium vocatur. In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium deducitur, ac proinde à reo *o* probanda: sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eò spectat, ut ostendatur verè negare reum actionem actori competere.* Depulsio est, cum de actione actoris consitens tam in jure, quam in facto, eâ defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio, sæpe etiam *p* præscriptio appellatur, & ad institutam disputationem sola pertinet.

Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam *q* æquita-

n *Id est, solam tractatum in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptione à reo opposita disputatur, probante actore reus condemnatur, non probante simpliciter absolvitur. Covar. in C. possessor malæ fidei de R. I. in 6. p. 3. relect. initio. n. 5.*

o *l. 1. C. de probat. Sed ut unus solus reus solutionem V. C. allegans, probare debet se solvisse, an prius actor cogendus docere pecuniam à se numeratam? vide cap. 24. lib. 4.*

p *Exceptio & præscriptio de iisdem rebus promiscuè usurpantur, ut patet ex locis, quos congessit Alc. de 5. pedum præscript. vide Covar. d. loc. in pr. unde à. origo verbi præscribere parum liquet. vide sis Alc. d. loc. Don. in rub. C. h. tit. n. 15. Rav. 1. de præjud 8. Pet. Fab. 1. semestr. 21.*

q *pr. Inst. hoc tit. l. 12. de dol. exc. unde vulgo DD. æquitatem esse matrem ajunt exceptionum. Stch. ad l. 19. C. de probat. n. 1. & exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus sc. juris defensio est. V Vcs. par. ... fit. n. 8. Bachov. in Trent. vol. 2. disp. 26. th. 2. lit. A.*

tis ratione r excludit. Exceptio omnis rectè defensio dicitur, ut pote comparata defendendorum reorum causâ. At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ verò allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt jureconsultis, liberari ipso jure & liberari per s exceptionem. Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni t opponatur. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo nihil prodest. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione u dabatur: sic enim prætor subjiciebat, nisi, si non, extra quam si illud aut illud factum erit, aut si quæ particulæ eandem vim habent. Hinc item factum, ut exceptio omnis conditio x appellaretur.

De jure exceptionum quærenti quatuor occurrunt deliberationes; an exceptio justa sit seu jure prodita; qualis sit quæque exceptio & quam vim habeat; an qui ea uti volet, eam sibi jure habeat; postremò de usu exceptionis exercendæ. De his omnibus variè prout est genus exceptionis habendum. Genera exceptionum summa y duo: quædam enim perpetuæ sunt & peremtoriæ; quædam dilatoriæ & temporales. Perpetuæ & peremtoriæ sunt, quæ perpetuò agenti obstant, & semper rem, de qua agi-

r l. 2. hoc tit. perpetua semper, dilatoria ad tempus & quamdiu durat Lopez. 28. animadvers. n. 5. & 6. Covar. d. loco. n. 4. Declinatoria quamvis directè judicem, obliquè tamē & ipsa intentionem actoris excludit. Gothof. in d. l. 2. § 2.
s l. 34. §. 1. de O. & A. Azo in summa. C. hoc tit. n. 1. & 2. Don. ad Rubr. eod. n. 5. Caterum usu interpp. jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modò agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Mynf. ad rubr. Inst. hoc tit. n. 12. Pet Greg. 21. syntagm. 17. n. 5.
t Inde natum, quod passim legimus, exceptionem opponi, el jici, obstare, exceptione occurrere, &c. De tempore opponendæ exceptionis dicetur cap. 51. & seq.
u Quâ de re Duar. ad l. 7. §. 2. de pact. Cujac. 5. obs. 34. Pet. Fab. ad l. 154. de R. I. alii translatum censent ab armis bellis artibus ad forensia: non malè fortaßis sed non ex usu auctorum, ut notat Don. ad rubr. C. hoc tit. n. 11.
x l. 22. ff. eod. ubi quæ extat definitio exceptionis a conceptione sumta est: sicut Ulpiani in l. 2. eod. ab effectu & utendi modo. add. Pet. Fab. ad d. l. 154 de R. I. & 1. semestr. 24. Bachov. in Treutl. vol. 2 disp. 26. th. 1.
y l. 2. §. ult. l. 3. ff. §. appellantur. I. eod. hoc tit. quæ divisio ab effectu & fine sumta. WEs. par. hoc tit. n. 7. plura genera recensent DD. sed perperam. Lopez. animadv. C. 28. Exceptionem divisionis cui generi annumeramus? peremtoriis, ut rectè Sich. in l. 10. C. de fidei. n. 10. licet plerique dissentiant.

tur

tur z perimunt. Earum iterum duo genera causis suis distincta: nascuntur enim aut jam à principio in re contrahenda; aut postea *a* existunt. Quæ ab initio nascuntur, ea partim nascuntur ex re & eo, quod factum est; partim ex persona ejus, cui tribuuntur. Ex re hæ quatuor; exceptio metus; doli mali; in factum ex errore promissoris; pecuniæ non numeratæ: quas omnes jam ab initio nasci *b* apparet ex his causis, si quis quid promiserit aut metu, aut inductus dolo, aut errore suo falsus, aut spe futuræ numerationis. Ex persona ab initio nascuntur hujus generis exceptiones *c* duæ; exceptio SCti. Macedoniani, & Vellejani. Postea emergunt quinque ex totidem causis: ex remissione debiti exceptio pacti conventi, vel in factum aut doli mali generalis adversus heredes, si testator *d* remiserit: ex jurejurando exceptio jurisjurandi, proposita edicto de *e* jurejurando: ex sententia, quâ debitor absolutus est, exceptio rei judicatæ: ex dolo adversarii post secuto, exceptio *f* doli: ex silentio creditoris, exceptio sive præscriptio, cum intra tempora constitutionibus constituta non egit. Hoc silentium *g* præscriptionem temporalem varie *h* parit, prout tempus actioni cuique exercendæ præfinitum est. In actionibus in rem est *i* præscriptio quadriennii re alienâ à fisco venditâ: quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: 10 aut 20 annorum adversus creditores, qui pignora persequuntur ab extraneo possessa: 30 annorum in rebus, quæ usucapi aut longo tempore acquiri prohibentur: annorum 40 in rebus

z §. perpetuæ Inst. d. l. 3. ff. eod. de quo iterum paulò post, ubi de vi harum exceptionum dicetur.

a De quibus generibus quatenus obligationis & actionis in personam liberationem afferunt, dictum lib. 2. c. 75.

b De prioribus duab. est in Inst. hoc tit. §. 1. & pro princ. tit. ff. de dol. mal. & met. exc. de tertia specie in d. §. 1. de postrema in §. 2. Inst. eod. ejusdem classis videtur exceptio dominii. l. pen. & ult. de public. in rem. act.

c l. 7 hoc tit. quibus addi potest exceptio ætatis. l. 9. §. 4. de jurej.

d l. 3. § nunc de effectus de lib leg. de exc. pacti agimus cap. seq. Hujus generis item est exceptio rei venditæ, quæ vindicanti objicitur. tit. de exc. rei vind. *e §. 4. Inst. hoc tit. de hac exceptione ex professo tractamus lib. 4. C. 16.* *f De exceptione rei judicatæ est cap. 49. de exceptione doli cap. 50. hujus libri.* *g Quæ & exceptio temporis l. pen. C. de long. temp. præsc. frequentius a. præscriptio temporis aut temporalis dicitur, non ut exceptio temporalis, quod ad tempus noceat; sed quia reo ex tempore nascitur. tit. de div. & temp. præscr.* *h Ipso autem jure actionem non tollit, quæ initio perpetua fuit. ut docuimus lib. 2. cap. 67.* *i tit. C. de quadr. præsc. de quinquennii præscriptione adversus querelam est in l. 34. in fin. C. de inoff. test. de cæteris præscriptionibus, quæ sequuntur, satis multa pro instituto scripsimus & notavimus lib. 2. C. 30. & d. C. 67. lib. 2.*

ad pios uſus deſtinatis, item debitori aut heredi ejus in hypothecis: centum denique annorum præſcriptio admiſſa in rebus ad civitatem pertinentibus. In actionibus in perſonam centum item annorum iiſdem in rebus: in iis, quæ piis uſibus deſtinata, item 40: in privatis actionibus omnibus in prima inſtantia 30 annorum: in ſecunda ſeu in cauſa appellationis k decem dierum. Cæteræ, quæ ab initio intra certum finem l conſtitutæ ſunt finito eo tempore, ipſo jure finiuntur.

Vis harum exceptionum, quod ſecundo loco quærendum, una eſt omnium communis, quam & ipſam nomina indicant, quæ oppoſitæ & probatæ m ſemper agentibus obſtent, & rem, de qua agitur, perimant, non ſolum actionem, ſed etiam obligationem, non minore effectu, quam ſi ſublata eſſet ipſo jure. n

Tertia deliberatio eſt, ut is, qui exceptione peremtoria uti volet, diſpiciat, an quam jure conſtitutam habeat. Ubi hæc quærenda; quibus, adverſus quos, qua de re quælibet competat. Ex his quædam communia omnium: quædam ſingulorum propria. Communia hæc: quod omnes exceptiones peremtoriæ cauſæ o cohæreant aut in totum aut ex parte. In totum cæteræ: ex parte jure communi duæ, Macedoniani & Vellejani: una jure extraordinario, quæ minori competit beneficio in integrum reſtitutionis. Hæ enim ita cauſæ ſunt, ut perſonæ tamen certæ tribuantur. Hinc jam de his, quibus & adverſus competant, quid definiendũ ſit intelligitur: nempe, quæcunq; exceptiones hujus generis alicui competere cœperunt, eas deinde tranſire ad omnes, ad quos obligatio pertinet, heredes inquam, ſucceſſores in rem, fidejuſſores, p

k Quod tempus juri appellandi à Juſtiniano præſtitutũ. auth. hodie. C. de appell. vide cap. 53. lib. 4.

l Cujus generis Pauliana, redhibitoria, quanto minoris, & ferè pœnales omnes prætoriæ. d cap. 67. lib. 2.

m Appellatio n. perpetuar. nata non à tempore propenendi, quod quæcunque judicii parte opponi poſſint, ut perperã DD. & Myſ. in §. 8. Inſt. hoc tit. ſed à tempore quo effectus propoſitarũ durat. eoque ſenſu etiam exceptio non num. pecun. verè perpetua eſt. Brunch. 2. miſc. 5 2. ſed alio ſenſu temporalis, quia et legitimo actionis tempore præſcribitur, quale item exceptio querela inoff. l. 8. §. ſi filius. de inoff. & ibi Caſtel.

n d. §. 8. l. 3. hoc tit. eoque pertinet l. nihil intereſt. 112. de R. I. Pet Fab. in l. 66. de R. I. in tantum, ut placeat eum qui conſtituit, quod per hujuſmodi exceptionem non debeat, non teneri, quaſi omni jure indebitum. l. 3. §. 1. de conſt. pec. Hoc amplius ſolutum quoque per errorem repetere poteſt: dum ne ſit exceptio Macedoniani, quæ obligationem naturalem non tollit. l. 40. de cond. ind. l. 10 de SC^to. Mac.

o Quod collectione generum indicatur in l. 7. §. 1. hoc tit.

p d. l. 7. & l. 19. eod. l. 8. de non num. pec. l. 28. C. de evict. l. 17. §. 5. ff. de pact. l. 32. de fidejuſſ.

cæte-

cæterasque obligationis principalis accessiones & vice versa, quæ adversus aliquem competunt, etiam adversus ejus heredes cæterosque successores *q* competere. Una illa, quæ ætatis beneficio competit, tantum fidejussoribus non datur, cujus rei rationem reddidi cap. proxime præcedente.

Propriæ singularum spectantur tum in principalibus personis, quibus & adversus quas competunt, tum in rebus ipsis & causis, quæ in has exceptiones deducuntur. De his in iis exceptionibus, quas ab initio nasci diximus, una generalis & facilis præceptio est, eas locum habere superioribus *r* causis intervenientibus inter eos, inter quos res geritur, de ea ipsa re, quæ gesta est. Posterioris quoque generis temporalis illa præscriptio tota patet. Reliquæ quatuor, pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, doli post secuti, difficiliorem explicationem habent, & disquisitionem desiderant separatam.

q d.l.8.C.de non num.pec. l. 28. ff. de exc. rei jud. arg. l qui in jus. 177. de R. I.

r Nota obiter; exceptionem peremtoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire. l. 5. §. ult. de exc. dol. ubi ex[illegible]pl. & ratio. Secùs tamen est, cum quis jus suum intra certum tempus lege definitum in judicio agendo proponere potest: quia tunc cessat ratio d. l 5. §. ult. Hinc exceptio non numeratæ pecun. biennio, querelæ inoff. quinquennio finitur. Gomes. 1. var. resol. 11. n. 20. Costal. in l. 8. §. si filius. de inoff.

CAP. XLVIII.

De pacti conventi & jurisjurandi exceptione.

Exceptio pacti conventi nascitur ex pacto, quo *s* convenit, ne quid peteretur aut ab obligato actione in personam, aut à possessore actione in rem. Quæritur hæc exceptio debitori aut facto suo, aut alieno. Suo, cum *t* ipse paciscitur cum creditore, ne à se petatur. Alieno, cum alius, qui modò debitori exceptionem acquirere possit: quo in numero sunt hi quatuor; qui sunt in potestate debitoris; qui in administratione bonorum pro dominis habentur; testator heredi suo paciscens; fidejussores debitori.

s Sive re sive verbis. l. 1. §. 3. de pact. sive expresse sive tacite consensu. l. 2. l. 4. pr. eod. Duar. ad d. l. 4. Don. ad l. 2. C. eod. n. 8.

t Et si pupillus sit. l. contra. 28. eod. ubi ratio. sed etsi heres ante aditam hereditatem paciscatur cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum validum est, quamvis tunc nondum debitor sit. l. 7. §. ante. 17. eod.

In potestate debitoris domini & patris sunt servus & filiusfa. quibus similes sunt, in quibus debitor usumfructum habet, & qui bonâ fide ab eo *u* possidentur. Administratores bonorum sunt, procurator, tutor, curator, actor municipum, magister societatis, atque horum omnium pacta debitori *x* prosunt ad exceptionem. testator quoque pacisci potest, ne à Titio herede suo futuro *y* petatur. Denique & fidejussoris pacto tributum, ut ad exceptionem prosit reo *z* principali. neque hoc mirum, cum propè sit, ut paciscatur sibi. Cæterum quæ ex pacto administratoris & fidejussoris exceptio acquiritur debitori, ea non *a* pacti, sed doli exceptio est. Ab his personis si discesserimus, non magis utilia sunt hujusmodi pacta, quam si quis alteri stipuletur dari. *b*

Exceptio pacti debitori quæsita transit deinde ad eos, ad quos peremtorias omnes transire diximus. Igitur & heredibus ejus dabitur, nisi tamen nominatim id actum, ne à debitore solo peteretur, non etiam ab heredibus *c* ejus. Dabitur deinceps & fidejussoribus, eadem item lege, nisi pactum sit *d* personale. Sed etsi in rem sit, uno tamen casu fidejussori non proderit, si donandi animo *e* fidejusserit. Constituitur hæc exceptio adversus creditorem, partim item ex suo facto, partim ex alieno. Suo cum ipse creditor, qui modò rerum suarum administrationem *f* habeat, pactus est, ne peteret. Alieno, si iidem illi, qui paciscendo exceptionem debitori acquirere possunt; dispari tamen admodum potestate & rectè.

u l.17. §. ult. & 2. ll. seqq. l. si debitor, 55. eod.

x l. 10. §. ult. & 5. ll. seqq. eod.

y l. avus. 33. eod. adde Don. ad l. 38. §. alteri de V. O. n. 47. & quæ notavimus lib. 2. C. 8.

z l. 25. §. ult. eod. & generaliter pacta in rem omnibus prosunt, quorum obligationem dissolvi interest paciscentis. l. 21. §. ult. eod.

a d. l. 10. §. ult. d. l. 25. §. ult. Pacti non datur, quia debitor ipse pactus nõ est: sed in subsidium datur exceptio doli, quia creditor adversus suũ factum venit. Ant. Fab. ad d. l. 10. §. ult.

b *Adeo ut nec patris pactio filio prosit in eo, in quo pater non tenetur. l. 17. §. 4. l. 21. §. 2. eod. at stipulatio in personam filii concepta patri quæritur. § 4. Inst. de inut. stip. nimirum stipulatio civiliter consideratur, quæ rex facit, ut omnes, qui in ejusdem potestate sunt, pro una persona habeantur. Pactum a. naturaliter: & ideo plures hîc personæ. Cujac. tamen & Duar. filio doli exceptionem dari volunt.* c *l. 25. §. 1 de pact. junct. l. 9. de prob. l. 7. de exc.* d *d. l. 25. §. 1. neque aliud probatur in d. l. 7. de exc. nam dicuntur quidem peremtoria fide, ussoribus dari, sed quæ causæ cohærent.* e *Quia talis fidejussor mandati actione non habet, quâ reum posteà conveniat. l. 32. de pact.* f *Nam pupilli furiosi, prodigi frustra ita paciscuntur. l. contra. 28. eod. minores si quid paciscendo remittant, paratam habent in integrum restitutionem. l. 44. de min.*

Illic enim agebatur, ut debitori quid acquireretur, hîc ut adimatur creditori: inter quæ multum interest. Igitur in prioribus duobus generibus pactum non ulterius nocet, quam quatenus aut voluntas creditoris concedit, aut administrationis ratio. Pactum ergo filiifa. aut servi in pecunia paterna aut dominica obligationi patris aut domini nihil *g* detrahit. Sanè quidem si eam pecuniam voluntate eorum crediderint, quod pacti erunt credendi tempore, valebit, sed ut pars ejus *h* contractus. Sed etsi in re peculiari contraxerint, pactio tamen de non exigenda pecunia non nocebit domino aut patri, nisi liberam peculii administrationem habeant: ac ne tunc quidem, si donandi animo interposita sit. Quando igitur? nempe cum pro remissione debiti tantundem aut amplius accipiunt, aut in re dubia transigunt, ne donare videantur: non enim ad hoc eis conceditur libera administratio, ut *i* perdant.

Pari ratione pactum procuratoris non aliter domino nocere debet, quam si aut specialiter ei mandatum sit, ut pacisceretur, aut ipse in rem suam *k* datus sit. Cui autem concessa est libera bonorum administratio; ei nihil amplius licere existimandum est, quam filio aut servo in libera administratione *l* peculii. Tutorum quoque & curatorum eadem causa: nam nec his quidquam amplius jure tribuitur, quam *m* administratio. Solus testator, quemadmodum consulere heredibus suis paciscendo semper potest, ita & *n* nocere. Ita constituta adversus creditorem exceptio transibit, deinde etiam adversus heredes ejus & sin-

g *l. 3. l. 23. C. de pact. videri potest eum, qui contraxit obligationem jure dissolvere. l. 35. de R. I. sed hinc potius efficitur, domini aut patris esse obligationem dissolvere, qui ipsi per servum &c. contraxisse videntur. Nec obstat l. 149. de R. I. quæ hunc sensum habet, ut ex qua persona lucrum capimus, ejus factum præstare debeamus, quod in negotio ab initio intervenit; nō quod postea. Planè adquirere jussi, possunt non acquirere. l. 3. C. de her. inst. sed eo ipso nihil adimunt. Don. in d. l. 3. & Sich. n 2. & 8.* h *l 29. de pact. facit l. 31. §. 1 vers. sed adjicere. de reb. cred. d. l. 149. de R. I.* i *l. 28. §. ult. de pact. l. 12. C de transact. l. 7. pr. de donationib.* k *l. 12. & l. seq. de pact. vid. Cujac. ad l. 10. §. ult. & ll. seqq. eod. Brisson. lib. 3. de solut. statim post princip.* l *Hinc responsum mandato generali non contineri transactionem decidendi causa. l. mandato. 60. de proc Brisson. d. loc. utique de re verè dubia rectè transigit. l. 12. C. de transact. sed ea transactio non nocet mandanti.* m *d. l. 28. §. 1. l. 22. C. de trans. & pro dominis sunt, cum administrant, non cum spoliant. l. 7. §. 3. pro emt.* n *Nam si novo onere heredem onerare potest, quanto magis id, quod alioqui ad eum pervenire poterat, non dare.*

gularum rerū *o* successores. Competit de ea re de qua convenit: in alia re tacta conventio aut cum alia persona, in alia re aliave persona non *p* nocet. Quæ dicta sunt de debitore & creditore, eadem & de possessore & petitore paciscentibus intelligantur.

Exceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum litis decidendæ causâ interpositum, de quo hîc loquimur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem. Hinc igitur nata exceptio iisdem ferè regulis juris, quibus superior illa continetur, quæ proinde huc translatæ naturam hujus exceptionis non difficulter explicabunt. Id autem in hac specie idcirco hîc tantum indicamus, quia iterum de ea nobis dicendum volumine sequenti.

o Servata tamen eadem distinctione pacti in personam & rem concepti. l. 17. §. 5. de pact.

p l. 27. §. 4. in fin. eod. Est tamen ubi pactum aliis noceat, ut si major pars creditorum servatâ rescripti formâ paciscatur de certa parte debiti non petenda: nam hæc conventio cæteris dissentientibus obest. de quo vid. l. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. eod. Ius a hypotheca tali pacto non tollitur. l. 10. eod. pr. nec etiam opinor reliquæ accessiones. per l. si præcedente. 58. §. 1. mand. Mathesilan. sing. 104. adde Trentacinq. 3. pr. resol. tit. de solutionib. resol. 3.

CAP. XLIX.

De exceptione rei judicatæ.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si perperam judex pronunciaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statur *q* sententiæ, à qua appellatum non est, obstatque agenti rei judicatæ *r* exceptio, quoties eadem quæstio inter easdem personas revocatur. Comparata est igitur rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causâ, qui sententiâ judicis *s* absolutus est. Quæritur hæc exceptio debitori aut per se aut per alios. Per se, si cum ipso judicio actum sit. Per alios, si actum sit cum aliis, qui rem in judicium deducere possunt, & secundum eos pronuncia-

q l. cū prolatis. 32. l. post rem. 56. de re jud. Hanc autem auctoritatem rebus judicatis dari publice interest. Cur intersit, explicat Paul. in l. 6. hoc tit.

r §. 5. Inst. de exc. adeoque & vincenti, si actor est, datur actio judicati. l. 4. §. 1. de re jud. vid. lib. 4. cap. 49.

s Sive debitor sit, sive possessor. et a. contra quem judicatum est, hæc exceptio nunquam datur. l. 16. hoc tit. nec obstat l. 4. C. depos. Nam qui in sortem tantum reum condemnant, vt ipsa de usuris absolvit, Dyn. in d. l. 4. n. 8.

tum ſit: quo in numero ſunt hi *t* quatuor, tutor, curator: procurator, actor municipum. Sed etſi ſine mandato defenſor rei extiterit, & dominus poſtea ratam rem habuerit, idem dicendum eſt. Quæſita reo exceptio tranſit deinceps ad ſucceſſores & *u* fidejuſſores. Competit adverſus creditorem, qui judicio victus eſt, ſive ipſe judicio egerit, ſive ex ſuperioribus quiſpiam, qui rem in judicium rectè *x* deducunt. Per conſequentiam item evenit, ut tranſeat adverſus heredes omneſque alios ſucceſſores. *y*

Cæterum ita demum hæc exceptio obſtat, ſi de eadem re iterum *z* agatur. De eadem re ut agi intelligatur, tria hæc concurrere *a* debent; id ipſum, de quo prius actum; eadem petendi cauſa; eædem perſonæ. Id ipſum peti intelligitur, ſi aut idem corpus, aut eadem quantitas, aut idem jus petatur. Idem corpus finitore Paulo in hac exceptione accipimus, quod ſubſtantia, eadem, tametſi de qualitate aut quantitate aliquid deceſſerit, aut etiam acceſſerit, veluti minuto vel aucto *b* grege. Sed etſi non totum petatur, quod prius petitum eſt, ſed pars tantum, quæ eo corpore continebatur, adhuc idem peti *c* intelligitur. Planè quæ juncta ſunt ædibus petitis, ut cæmenta, lapides, tigna, ea poſtea ſeparata dominus vindicare ſine metu hujus exceptionis poteſt: quia intelliguntur pars eſſe *d* ædium. Quantitatis ejuſdem petitæ eadem ratio. Finge heredem ex ſextante ſcriptum ſemiſſem hereditatis ab inteſtato petiiſſe & victum eſſe, ſi poſt deinde ad ſextantem re-

t l. 11. §. hoc jure 7. hoc tit. ubi & defenſor à parte rei inter has perſonas numeratur.

u & reliquas acceſſiones l. 9. §. ult. d. l. 11. 3. ſi quis. 8. l. 25. §. ult. eod.

x d. l. 11. §. 7. Huc pertinet definitio. l. 4. eod.

y l. 28. eod. ita quod dicitur in d. l. 9. §. ult. exceptionem hanc ad emtorem tranſire, tam adverſus eũ, ſi ſucceſſit in jus actoris, quam pro eo accipiendum eſt, ſi ſucceſſit in jus rei abſoluti. Talis enim eſt, quod etiã noceat creditori ex perſona auctoris, qui victus creditori rem pignori dedit. d. l. 11. §. ult.

z De quo prius judicatum erat. l. 12. & 2 ll. ſeqq. eod.

a Adeò ut uno ex his tribus deficiente corruat exceptio. l. 14. eod. *b l. 14. pr. l. 21. §. 1. hoc tit. l. 7. §. pen. & ult. eod. ubi & exempla.* *c Ut ſi quis gregem petierit, deinde ſpeciale aliquod corpus ex eo grege. d. l. 21. § 1. aut fundum, & deinde partem ejus fundi ſive diviſam ſive indiviſam. d. l. 7. pr. eod. petat.* *d d. l. 7. §. 2. In principio quidem d. l. etiam hæc obiter recenſuerat Ulp. inter partes totius ſed in d §. 2. ſerio ea excipit, additâ etiam ratione. Idem in alia re accidit Gaio in l. 7. §. cum quis. pr. juxt. verſ. videntur. de acq. rer. dom. Planè ſi quis domo petitâ victus, deinde aream petat, nocebit ei exceptio. d. l. 7. pr. quia ſi domus mea non fuit, nec ſolum meum eſſe poteſt, cui erat impoſita. Zaz. in d. §. 2. l. 7. n. 7.*

dierit, *e* obstabit ei exceptio rei judicatæ. Etiam in jure petito valet eadem definitio. Finge eum, qui fundum petiit, quem suum esse diceret, ex eadem causa ejusdem fundi usumfructum petere: dicemus huic obstare exceptionem rei judicatæ: quia eadem res petatur, ususfructus nempe, qui conjunctus cum proprietate dominii pars *f* est. Diversum est, si quis usumfructum à proprietate separatum petierit, deinde proprietatem nactus iterum de usufructu experiatur: potest enim dici, aliam eum rem petere, atque adeo ex nova *g* causa. Habet autem hæc definitio locum etiam in pluribus rebus aut nominatim aut comprehensim petitis, ut si Sticho & Pamphilo petitis deinde unus ex his petatur, aut hereditate petitâ, res aliqua *h* hereditaria, Sanè si quis solas *i* usuras petiit, nec obtinuit, ei nocere non debet exceptio rei judicatæ circa sortis petitionem, sicut nec ei, qui de possessione victus in rem agit. *k*

Secundò ut sit huic exceptioni locus, etiam eandẽ *l* causam esse oportet. In eo spectabimus originem petitionis, quæ prioris judicii in lite contestanda fuit, causamq; illius cũ ea, ex qua nunc agitur, *m* conferemur. Si quis ergo simpliciter & nullâ adjectâ causâ, quod in actionibus in rẽ prohibitum non est, priore judicio rem vindicaverit, & victus eandem rẽ ab eodẽ iterum petat adjectâ causâ, quæ post prius judicium nata non sit, obstabit huic agenti exceptio: quia eadem petendi causa esse intelligitur, generali vindicatione in judi-

e Nam ut qui 10. petiit, singulas summas & unitates, ex quibus 10 constant, petiisse intelligitur. arg. l. 1. §. 4. de V. O. ita cum judex, cujus sententia actioni subservire debet. l. ult. C. de fid. her. pronunciat 10 actori non deberi, nihil ex ea summa deberi dicit. exemplum. quod asserimus, est in d. l. 7. §. pen.

f l. 21. §. pen. hoc tit. l. 4. de usufr.

g d. l. 21. §. pen. planè qui iter petiit. si postea actum petat, cessabit rei judicatæ exceptio. l. 11. §. 6. eod. nam iter non est pars actus, sed alia servitus. quamvis qui actum habet, etiam iter habeat, tanquam accessionem necessariam. l. 1. de serv. rust. præd. *h Aut singulis rebus petitis hereditas. l. 7. pr. & §. pen & ult. hoc tit.* *i l. 23. eod. aliud juris est, si quis absolutus de sorte conveniatur de usuris: imò etsi condemnatus de sorte duntaxat. vid. sup. lit. S.* *k Quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. l. 14. §. ult. eod. alia exempla in l. 20. & 21. eod. Sed nec rei vindicatione victo & publicianâ deinde agenti, exceptio obstat. l. 39. §. 1. de evict. nisi utramq; prius conjunxerit. Zaz. in l. 11. §. 4. hoc tit. n. 17. add. Menoch. retin. poss. rem. 1. n. 233. & rem. 3. n. 808. Fach. 10. cont. 80.* *l Nam alia petendi causa si erit, alia res intelligitur, quamvis petatur idem & de eo agatur inter eosdem. l. 14. pr. l. 27. hoc tit.* *m d. l. 11. §. 4. nam quoties quæstio priori judicio terminata revocatur, etsi alia sit actio, aliud genus judicii, alius judex, eadem tamen causa est. l. 5. d. l. 11. §. 4. eod.*

cium *n* deducta. Quod ſi nominatim cauſã expreſſerit, quod in actionibus in perſonam neceſſarium, liberum in vindicationibus, idẽ poſtea petens ex alia cauſa non debet *o* ſubmoveri. Alia cauſa poſterior aut genere alia eſt, aut tempore. Genere, ut ſi quis fundum petiit tanquam à Titio emptum & traditum, nunc petat tanquam donatum aut legatum. Tempore, quæ prius judicium ſecuta eſt, quamvis genere eadẽ cum priore. Exempla paſſim in hoc argumento obvia. *p*

Poſtremò inter eaſdẽ perſonas quæſtio revocari debet: ſi alius erit aut reus aut actor, ceſſabit *q* exceptio. Eſt enim notiſſima juris regula, res inter alios judicatas aliis neq; nocere neque *r* prodeſſe. Cæterum non eſt hæc regula ita perpetua, quin in quibuſdam tum perſonis tum cauſis vim ſuam perdat. In perſonis ſunt victoris rei ſucceſſores & fidejuſſores, actoris item victi heredes & ſucceſſores. Hi omnes auctoris ſui jure merito *s* utuntur, cujus in locũ perſonâ ejus ſuſceptâ ſuccedunt. In cauſis *t* exceptis ſunt primum actiones, quæ dicuntur præjudiciales, quarum omnium vis, unde & nomen acceperunt, hæc eſt, ut præjudicium ſine exceptione adferant inter omnes, inter quos de eodem ſtatu quæſtio poſtea *u* inciderit. Deinde cauſæ omnes, in quibus agitur de viribus teſtamenti, ut ſi hereditas à *x* legitimis heredibus petita eſt, & contra teſtamentũm pronunciatum, valebit hæc ſententia non tantum contra heredes ſcriptos, ſed etiam contra legatarios: cum everſo teſtamento neceſſe ſit, ſimul omnia concidant, quæ in eo teſtamento ſunt *y* adſcripta. Aliud tamen hodiè obſervari in cauſa præteritionis & exheredationis notum eſt. *z*

n d.l.11.§.3. neq; n. amplius quam ſemel res mea eſſe poteſt. l. 14. §. 2. eod. Diverſum eſt, ſi quis rẽ tanquã ſuam jure directi Dominii petiit, & victus eandẽ iterum jure dominii utilis, puta emphyteuſios petat, quia hic ratio iſta ceſſat. vulgò tamen contrà ſentiunt. teſte Zaſ. ad l. 7. §.4.n.16.

o d.l.11.§.2. d. l. 14. §.2. Conſultius igitur fuerit in rem acturo, cauſam certã exprimere.

p d.l.11.§.2. & §.4.l.25. pr. & §.ult.l. 9.l.17.l.18. eod.l.3.C.ad exhib. ubi Sich.n.3.

q l.3. d.l.7. § pen.l.14 pr. eod. exempla in l.1.l.22. eod.

r l.pen. de re jud.d.l.1. hoc tit.C. res int. al. act. & jud. al.non noc. quam regulam pluribus ex poſuimus lib.4.C.47.

s l.9. §.ult. l.28. hoc tit. l. 7. de exc. quamvis n. naturâ hæ perſonæ aliæ ſunt, jure tamen pro iiſdem habentur, ut nulla hîc videri poſſit exceptio.

t Etiam hîc defendi poteſt, nullam eſſe regulæ exceptionem, per ea, quæ tradimus d.cap.47.lib.4.

u l.25.de ſtat.hom.l.1.§.ult.l.2.l.3.pr.de agn.lib. vide ſup.cap.38.

x Sicus eſt ſi legatarius agens ex hac cauſa remotus ſit: hoc n. cæteris, quibus quid eo teſtamento relictum eſt, non præjudicat.l.1.hoc tit. vid.d.cap.47.lib.4.

y l.8. §.pen.de inoff.teſt.l.14.C.de fideic.

z Auth ex cauſa.C.de lib.præt.vel exh.

C A P.

CAP. L.

De exceptione doli mali.

EXceptio doli mali prodita est ei, à quo quid dolo petitur; adversus eum, qui quid ita petit; de ea re, quæ ita petitur; ne petenti dolus patrocinetur, ei, unde petitur, *a* noceat. Nascitur hæc exceptio ex iis causis, quæ dolum inducunt. Hæ variæ pro genere exceptionis. Exceptio doli duplex; una specialis; generalis altera. Specialis nascitur ex eadem causa, ex qua actio de *b* dolo, videlicet si quid ab alterutro gestum sit dolo malo. proinde & hîc eadem *c* præcepta. Generalis ex omni causa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo *d* factum: In summa, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere *e* conatur. Duæ igitur res cæque junctæ hanc exceptionem inducunt, ab actore actio jure constituta; à reo æquitas naturalis. Causæ hujus æquitatis aut initio interveniunt, aut postea. Ab initio hæ quatuor, metus, dolus, error, *f* spes pecuniæ numerandæ: ex quibus singulis singulæ exceptiones speciales, & cum his concurrens generalis illa *g* doli mali. Earum, quæ postea existunt, duo item genera inferiora: aut enim ex genere quodam liberationis postea secutæ nascuntur: aut ex mutuæ alicujus præstationis denegatione. Prioris generis species septem. 1. Simplex debiti remissio, sive *h* pacto remittatur, sive ultima *i* voluntate. 2. Solutio,

a Hæc indicantur in l.1. l.2. §. item quæritur. l.8. ff. hoc tit. de dol. mal. exc.
b §.1. Inst. de exc. l. dolo. C. de inut. stip.
c Vid. C. 54. lib. 2. non est tamen æquè famosa, licet opinionem sugillet, & fa. li infligat infamiam. l.4. §. adversus. 16. hoc tit.
d l.2. §. & generaliter. l.4. §. pen. l.12. eod. l.36. de V.O. sive hæc exceptio concurrat cum alia exceptione speciali, sive in subsidium detur, ut quæ datur alteri ex pacto alterius, ubi pacti dari nequit. vid. cap. 48. sup.
e l.1. §.1. hoc tit. hoc est, quoties is, qui summo jure seu subtilitate juris civilis adhuc actionem habet, hoc prætextu utitur, ut reo contra æquitatem naturalem extorqueat, quod non debet.
f De metu est specialis textus in d.l.4. §. pen. de dolo supervacuum monere. de errore textus in l.36. de V.O. de spe numerandæ pecuniæ in l.3. C. de non num. pec.
g d.l.2. §. & generaliter. l.12. eod. non tamen aliter, quam cum scit actor adversarium aliquâ exceptione tutum esse: secus si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. d. §. & generaliter, in fin. ut si heres petat ignorans pactum defuncti. l.177. §.1. de reg. jur. ubi Pet. Fab.
h d.l.2. §.4. etiam tacito. exempl. in l.4. §. quæsitum. 12. eod. aliud in §.7. ejusd. l. sed & dissimulatio quandoque taciti pacti vim habet. d.l.4. pr.
i Si quid testator noluit heredem suum petere, aut si debitori liberationem legavit. d.l.4. §. præterea. 10. l.8. eod. l.3. §.5. de lib. leg. tacitæ item remissionis hîc exempla occurrunt. in d.l.4. §.11. l. ult. §.1. eod.

quæ

quæ ipso jure non liberans debitorem, valet ad exceptionem, ut si pupillo aut minori solutum sit sine tutoris aut curatoris auctoritate, iisque locupletiores facti, iterum eandem pecuniam *k* petant. 5. Pecuniæ debite amissio, quam oblatam creditor sine justa causa accipere *l* recusavit. 4. Impedimentum præstandi à natura aut jure reo objectum in *m* obligatione faciendi. quid enim imputari potest ei, qui facere, etiamsi vellet, non potest? 5. Causa stipulandi non secuta, nec interest sequi adhuc possit. an ita finita sit, ut non *n* possit. 6. Actio una ex pluribus, quæ ejusdem rei nomine competebant *o* sublata. 7. Omnis exceptio specialis ad liberationem reo postea quæsita, ut pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, *p*

Mutuæ præstationis denegatio eandem defensionis æquitatem parit, cum actor ejusdem rei nomine vicissim quid præstare debet, nec præstat. Ea præstatio duplex; aut alterius rei; aut ejusdem. Alterius rei mutua præstatio denegata hanc exceptionem inducit in his quinque causis: in mutuis contractibus, ut si verbi causâ emtor rem venditam petat, nec offerat pretium, aut nomine evictionis agens præstare recuset, quod per occasionem emtionis *q* consecutus est. 2. in sumtibus in rem petitam factis, ne petitor locupletur cum aliena *r* jactura 3. in quarta falcidia rei individuæ legatæ nominè debita, cum legata dodrantem excedunt, & inter cæteras res legata est servitus: hic enim si legatarius servitutem legatam vindicet non oblatâ quartæ partis æstimatione, placet eum doli mali exceptione *s* submoveri. 4. in liberatione puri debiti sub conditione legata, si heres interim debitum petat, nec offerat satisda-

k d. l. 4. §. 4. §. ult. Inst. quib. al. lic. in quo inspice placet tempus litis contestatis. g. l. 4. de exc. l. 47. de solut.
l l. 6. hoc tit. l. qui decem. 72. de solut. species a. debita sine culpa debitoris interitu liberat ipso jure. l. 23. de V. O. vid. cap. 64. lib. 2.
m l. 17. §. 3. de usur. l. 4. §. 2. hoc tit. declaratur hic locus in l. 2. §. 1. & seqq. si quis caut. in jud. sist.
n l. 2. §. 3. circa fin. hoc tit. exempl. in d. l. 4. §. 9. eod.
o l. si ex causa. 71. de furt. l. qui servum. 34. §. 3. de O. & A. de quo plenius. cap. 42. sup.
p d. l. 2. §. 4. & seq. l. 12. hoc tit.
q l. 13. §. offerri. de act. emt. d. l. 2. §. ult. hoc tit. dicitur vulgò exceptio pretii non soluti & generalius implementi non secuti. Non p. solum in venditione, sed in ceteris mutuis contractibus locum habet. Sed & mercis non traditæ exceptio est emtori agente venditore. l. 5. §. 4. hoc tit. vid. Gail. 2. obs. 17. A. Fab. Cod. suo tit. de exc. defin 43. *r l. 14. §. si minor d. l. 5. §. 2. l. [illegible] l. 14 hoc tit. vid. sup. cap. 37.* *s d. l. 5. §. 1. si vero res legata divisionem recipit, ipsa [illegible] pars quarta pertinet ad heredem, quam & suo jure vindicare potest. l. 26. ad leg. falc.*

tionem

tionem secundum formam *t* edicti. 5. in creditore, cui pignus datum est, si id parato solvere debitori non restituat, aut culpâ ejus *u* perierit. Ipsius rei præstatio eandem hanc exceptionem inducit in re aliena vendita, cum venditor domino, aut hic illi successit: apertè enim dolo facit, qui petit, quod redditurus est. *x*

His cognitis nullo negotio èxpediri potest, quod præcipuè quærimus, cui, qua de re, adversus quem hæc exceptio competat. Si quæritur, cui; in promtu hæc notio est; Competere ei, qui unâ aliqua ex superioribus causis defendatur: per consequentiam quoq; successoribus omnibus & *y* successionibus. Si qua de re: de ea, quæ dolo petitur. Si adversus quem: adversus omnem, qui quid petat ab eo, quem suprascripta aliqua æquitatis causa *z* tueatur: nisi quod liberi & liberti à parente aut patrono conventi utantur exceptione in factum detractâ doli *a* mentione. Illud singulare in hac exceptione, quod non detur adversus successores in rem ex causa onerosa, preterquam si accessione auctoris sui *b* utantur: ne delictum alienum eis noceat. quanquam in exceptione quod metus causâ aliud placuit, propter atrocitatem delicti. *c*

t d.l. 5. pr. e[...]um intel[...]ligunt legatorum seu fideic. servand. ca. caveatur.
u De hac specie scriptum est in l. 4. §. item quæritur. 8. hoc tit.
x d.l. 4. §. si à Titio 32. l. 17. de evict. l. 14. C. de rei vind. per l. 173. §. ult. l. 177. de R. I. vid. cap. 35. hujus lib.
y Quia rei cohæret. l. 7. de exc. facit. l. 15. pr. de fidei. junct. l. 2. §. 3. hoc tit.
z Nec quisquã in malitiosa petitione ætate, morbo, imperitiâ, aliove ullo colore defenditur, non pupillus, non furiosus d.l. 4. §. illa etiam. 23. l. 36. eod. quippe cum in re dolus sit, qui si ab initio abfuit, nunc esse incipit, dum hoc agitur, ut propter malitiæ ignorantiam bis idem consequantur. d.l. 4. §. de dolo 26.
a d.l. 4. §. adversus. 16. ubi ratio. ubi Zaz. n. 4 hoc ad alios etiam porrigit.
b d.l. 4. §. 27. & seqq. Si tamen vili pretio rem magni valoris emerint. aliud dicendum censent Azo in summ. C. de dol. n. 4. & Zaz. ad d.l. 4. §. auctoris. 31. n. 9. quia prope est, ut hæc causa sit lucrativa.
c & metus causa exceptio in rem scripta est. Si in ea re nihil metus causa factum est. d.l. 4. §. pen.

CAP. LI.

De recto usu exercendæ exceptionis peremtoriæ.

UBi quis exceptionem peremtoriam jure sibi constitutam habebit, ei deinceps dispiciendum est, quomodo eâ ad defensionem suam rectè utatur. In hoc usu tria spectanda; numerus exceptionum objiciendarum; tempus objiciendi; formula & conceptio. De numero hoc quæsitum: liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti. Movet exem-

exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat unâ tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut is pluribus exceptionibus, quamvis *d* diversis eodem tempore uti *e* possit. Differentiæ ratio non illa est, quod favorabiliores rei sint, quam actores. Quid enim si iniquum sit, pluribus exceptionibus *f* uti? Verum hæc ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non *g* item. Non est iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo verò, cui non semper defendendi sui facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est.

Tempus objiciendę exceptionis peremtorię aliud in bonæ fidei judiciis, aliud in judiciis stricti juris. In judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem mutuò contestari, sed satis est eam quandoq; ante rem judicatam objici, quâ deinde probatâ judicis est reum absolvere. Non est huic sententiæ contrariũ, quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse: nam in bonæ fidei judiciis exceptiones vi ipsâ & potestate judicii in judicium deduci intelliguntur, cum in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idq; veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, etsi non excipiatur, satis tamen per officium judicis *h* consuli. In strictis verò judiciis exceptionẽ initio litis nominatim cõtestari necesse est, & vel à reo agnoscẽte intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionẽ suam probavit, antequã sententia *i* feratur. Cæterum non con-

d Dummodo ne sint incompatibiles & sese invicem destruant. Covar. 1. var. resol. 2. n. 2. Zaz. in l. 8. hoc tit. de exc. n. 4. add. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 26. thes. 8. lit. A.

e l. 5. l. 8. de exc. l. 43. de R. i. hoc effectu, ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere nõ prohibeatur. D. comm. in d. l. 8. Zaz. ibid. & Covar. d. loc. usu a. forensi omnes simul & conjunctim proponendę, exceptis declinatoriâ, litis pendentiæ & litis finitæ, quæ solæ & per se proponi possunt. Menul. lib. 4. dest. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 1. add. Mynſ. 5. obſ. 89.

f Neq; n. adversario injuria fieri debet: quod legis est impedire. *g* Vide Zaz. in d. l. 8. n. 3. adde Dynum in C. nullus plur. bus. de R. I. in 6. *h* l. 3. de resc. vend. l. hujusmodi. 84. §. qui servum. de leg. 1. l. plane. 38. l. ult. de her. pet. Don. ad l. 8. C. de exc. n. 10. *i* Textus clari in l. 9. C. de præs. long temp. d. l. 8. & l. 9. C. de exc. convenit Duar. ad tit. C. de prob. C. 4. Schneid. Inst. de exc. n. 9. Damhoud. praxi civili cap. 120. n. 4. & 5. Post rem a. judicatam objici non potest ad inhibendam executionem. l. 2. C. sentent. resc. cap. inter Monaster. X. de re jud. Zaz. in l. 2. de exc. n. 16. nisi certis casib. ut paulo post.

testatam postea objicere nego pro arbitrio *k* licere. Cujus ego rei argumenta hæc haboo. Certū est, ultra id, quod in judicium deductum est, judicis potestatem non excedere. atqui in strictis judiciis nihil in judiciū deductum intelligi potest, de quo lis non apertè contestata sit. Nam sive veterum judiciorum rationem considerare volumus, palam est exceptiones in jure apud prætorem proponi debuisse, qui deinde formulæ eos includebat: sive *l* mutatam postea judiciorum formam contitat, eandem judicis potestatem mansisse, liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis astrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ sunt, ut in his nihilominus necesse sit exceptionem initio contestari: atque ita non semel rescriptum *m* est. Cęterum duæ omninò sunt exceptiones hujus generis ex cæterarum numero eximendæ, SC^ti^ Macedoniani & Velleiani: quas non solum necesse non est initio contestari, ut deinde probata actoris intentione ante sententiam & ipsæ probentur, sed quibus etiam omninò non oppositis, uti liceat in *n* executione rei judicatæ. Id quod mirum videri non debet placuisse in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis causa maximè introductæ sunt, cum ob hanc candem causam ne apertè quidem his liceat renunciare. *o*

De formula & conceptione exceptionis post formulas & impetrationes actionū sublatas non est magnopere laborandum. Satis est ad defensionem rei id factum, contemta verborum anxietate, narrare, unde jus excipiendi oritur. Quod si quis antiquitatis studiosior veterum in concipiendis & designandis exceptionibus usum cognoscere desideret, extant scripta doctissimo-

k Contraria tamen sententia pluriū suffragiis probata est, per d.l. 2. C. sent. resc. sed omissas illud ex d.l. 8. & 9. C. de exc. accipere debemus, non quarum nulla mentio initio facta: sed quę contestata, postea omissę, id est, delatæ sunt ad probationem & disceptationē. Don. d. loc. n. 9. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 26. thes. 5. lit. C.

l à Diocl. & Maximiano, qui primo constituerunt, ut ipsi magistratus cognoscerent & judicarent, sublatâ judicis dandi licentiâ. l. 2. C. de pedan. jud. Atq; ex eo tempore simplex exceptionis in exordio litis contestatio eam vim habere cœpit, quā antè habebat exceptio formulę inclusa. vide pulchre differentem Bachov. d. loc. d. l. 8. & l. 9. C. de exc. quæ omnes sunt dd. principum.

m d. l. 9. C. de præscr. long. temp.

n l. 11. de SC. Mac. Cęterum DD. nostri etiam plures exceptiones executionē impedire tradunt & regulariter quę post sententiam, sed non contra sententiam opponuntur. l. 1. C. de re jud. peremtorias certis casibus, quos refert gloss. in l. 1. 6. de jur. & fact. ign. Bart. ad id vide plura apud Gail. 1. obs. 113. n. 5. & seqq. Zas. in l. 2. de exc. n. 16. Marant. p. 2. mem. 9. n. 15. Tiraq. tr. 2. pract. vers. tit. de exc. vers. 6.

o De vi & effectu utriusq; hujus exceptionis dictum est lib. 2. c. 11. & 2. seqq.

rum

rum hominum, qui hæc ex professo tractarunt, unde *p* omnem harum rerum cognitionem haurire licet. *p*

p Consule Cujac. 5. obs. 4. Pet. Fab. ad l. cum par. 154. de R. I. Duar. ad l. 7. §. 2. de pact. Brisson. l. 5. de formul.

CAP. LII.

De temporalibus & dilatoriis exceptionibus, earumque recto usu.

TEmporales & dilatoriæ exceptiones sunt, quę ad tempus nocent, & in id tempus actionem *q* differunt. De his itidem quatuor illa quęrenda; quæ sint: quam vim habeant; quibus & adversus quos competant; quis earum exercendarum usus. Et hæc quoque pro genere exceptionis variantur. Genera exceptionum dilatoriarum duo: aut enim ex facto & opera rei nascuntur, aut competunt ipso jure. Facto rei quęruntur duæ, quas ab effectu licebit appellare solutionis dilatorias; exceptio pacti *r* temporalis, cum ita convenit, ne intra certum tempus peteretur; item præscriptio moratoria à principe *s* impetrata. Solent enim principes humanitatis causâ *t* dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuriâ facultatibus exuti aut magnum aliquod damnum rei familiaris *u* passi, spatium aliquod ad *x* solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis suis cedere *y* cogantur.

q Et quidem differunt dilatoriæ, quia ad tempus id faciunt, temporales appellatæ junct. §. temporales. Inst. de exc. l. 3. ff. eod.

r d. §. temporales. vulgò & exceptionem dilatoriam statuunt, quæ obligationi in diem vel conditionem objicitur, si ante diem vel conditionem petatur. Sed verius est utroque casu agentem ipso jure repelli. Don. in l. 41. § 1. de V. O. n. 42.

s l. 2. l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem. 45. §. in fiscalibus. de jur. fisc. Vulgò appellant literas salvi conductus, gratiæ, securitatis: nostrates brieven van atterminatie of respijt, *item* quinquennellen*: quia ferè quinquennales induciæ frequentantur. Enimverò non est ad quinquennium hîc coangustanda potestas principis: sed non solent principes id tempus facilè excedere, ac nec sine gravi causa tantum indulgere. Trentac. 3. pract. res. tit. de solut. res. 1 n. 2. Tessaur. decis. 186. n 5.*

t Quantum rei & fortuna cujusq; postulare videtur, nō aliter tamē quā si idonea cautio præstetur. l. 4. C. de prec. imp. off. vid. Gail. 2 obs. 46. n. 14. Afflict. dec. 378. n. 1. ubi in addit. Vis. n. 3.

u Non n. decoctoribus, qui bona sua abligurierunt, sed qui fortunæ injuriâ illis exuti, ita subvenitur; causaque gravioris jacturæ & calamitatis fatalis in precibus explicanda. A. Fab. Cod. suo lib. 1. tit. 9. def. 20. n. 20. Pet. Matth. in not. ad Guid. Pap q. 109.

x Ut interim conficere possint, unde solvant. nec repelluntur æquitate edicti; Quod quisque juris &c. dum à suis debitoribus exigunt. A. Fab. d. tit. 9. def. 19. Rebuff. de lit. dilat. art. 1. gloss. 1. n. 9.

y Differtur quoque exactio usurarum: quanquam cursus earum non sistitur, ut rectè A. Fab. d. loc. defin. 8 plura qui desiderat, adeat A. Fab. d. tit. 9. Trent. 3. pr. res. tit. de solut. 1. & 2. Smid. decis. 301. & 307. & 332. Afflict. dec. 377. & 2. seqq. Brér. decis. 96.

gantur. Quæ ipso jure competunt, eæ comparatæ sunt aut adversus perversum judiciorum ordinem, aut adversus inhumanam solidi petitionem. Ut ordo judicii pervertatur, aut in personis ad judicium pertinentibus accidit; aut in genere actionis; aut in ordine vel tempore actionis instituendæ. In personis, cum aut is agit vel defensionem alieno nomine suscipit, quem non oportet; aut cum apud eum judicem agitur, cujus de ea re, de qua agitur, jurisdictio non est: in illo genere præcipue celebrantur exceptiones, quæ dicuntur z procuratoriæ: hujus generis sunt a præscriptiones fori: utræq; non malè vulgò dicuntur judicii declinatoriæ. Ex genere actionis invertitur ordo judicii, veluti si quis, cum leviori actione confligere possit aut debeat, judicio agat b famoso. Ex ordine exercendæ actionis, cum actione, quâ agitur; præjudicium fit c rei majori: ex tempore, si agatur, quo tempore à foro & judiciis vacatio est, de quo fusius postea in ordine judiciorum. Adversus solidi petitionem exceptiones dilatoriæ proditæ sunt iis personis, quibus ob pietatem aut commiserationem tributum est, ut in id solum, quod facere possunt, conveniantur: quæ tam diu rem differunt, quoad is, cui hoc tributum est, facultatibus auctus facere posse d cœperit. De hoc item genere beneficii dicetur alibi oportunius.

Vis harum exceptionum, unde & nomen acceperunt, hæc est, ut ad tempus tantum noceant, ejusque temporis dilationem præbeant. Quamdiu autem singulæ competant & quando nocere desinant, generibus cognitis per se satis intelligitur. Unum illud singulare in exceptione pacti temporalis, quod actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens pœnam hanc sufferat, ut cogatur reliquas indu-

z *Quarum frequens mentio. & accensentur dilatoriis. l. 2. in fin. l. 3. ff. §. ult. Inst. eod.*

a *Sic appellantur in l. ult C. de exc. l. pen. C. de pact. & vulgo duplices faciunt, incompetentiæ, & recusationis. Vult. in l. 4. C. de jurisd. Merul. lib. 4. dist 4. sect 3. tit. 4. cap. 2. 3 & 4 Nos de his diximus in jurisdictione & notione omnium judicum.*

b *Quod edictum vetat. l. 1. de dol & speciali ratione in l. 11. eod. tit.*

c *tit. C. de ord. jud. plures recenset Hilliger. in not. ad Don. lib. 22. cap. 9. lites.*

d *Temporales igitur sunt, non perpetuæ, & argumento est, quod qui hujusmodi exceptionem habet, solutum per errorem condicere non potest. l. 8. & seq. de cond. ind. Bron. b. 2. misc. 32.*

cias

tias reo conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam sumtus omnes prioris litis *e* refuderit.

Quibus & adversus quos competant, unâ præceptione definiri non potest. Exceptio pacti conventi temporalis, uti causæ, non personæ cohæret, ita non solum paciscenti reo competit, sed etiam successoribus & fidejussoribus, omnibusque principalis obligationis accessionibus, intra sua tempora. Rursus, quemadmodum competit adversus creditorem, qui pactus est, ita & adversus omnem ejus successorem intra constitutum tempus ea uti *f* licebit. Moratoria præscriptio, ut cætera beneficia principis personalia, personam debitoris non *g* egreditur. Datur tamen non solum adversus creditorem, sed etiam adversus omnes, qui vicem ejus *h* sustinent. Quæ ex perversa actionis institutione nascuntur, aliis competere non possunt, quam adversus quos perperam agitur, nec contra alios, quam qui perperam agunt. Denique per se satis manifestum est, quibus & adversus quos competant, quæ solidi petitioni objiciuntur.

Usus exercendæ exceptionis dilatoriæ jure civili hîc fuit, ut cujuscunq; generis ea esset si paucas demseris, inter exordia litis, hoc est, simul atque lis cœpta esset, sive ante litem contestatam *i* opponi, disceptari ac decidi debuerit, ut si de ea controversia esset, statim à reo esset *k* probanda. Planè si quæ post litem contestatam demum nata sit, veluti si quæ novæ causæ postea emerserint, ob quas judicem tanquam

e Ex constitutione ʒ nonis: nam olim actor ante tempus agens condictiat: qua pœna erat plus petitionis. §. si quis agens. Inst. de act. §. pen. Inst. de exc adeat; qui volet. Cujac. 7. obs. 27. & 12. 21. Ravard. 3. var. 14. Hotom. 8. obs. 3.

f Vid. sup. cap. 47. & seq. Sicut a pactum majoris partis creditorum certam partē debiti remittentium aliis nocet, ut sup. cap. 48. lit. P. ita & inducias indulgentium. l. ult. C. qui bon. ced.

g l. 1. de cōst. princ. nec igitur heredibus dabitur: sed nec fidejussoribus ex cōm. DD. sententia, paucis casibus exceptis consule A. Fab. d. tit. 9. def. 14. Trentac. 3. pr. res. de solut. res. 1. n. 25. Menoch. arb. ca. 203. n. 26. & Bart. Bald. Cyn. Salic. quos citant. *h Siquidem hac principis voluntas est, ut adversus omnes tuti sint.* *i l. pen. & ult. C. de exc. & consentiunt omnes, quod ad dilatorias judicii, quibus judicio accessio renunciatum videtur dissentiunt quoad. dilatorias rei & causæ. per l. 19. C. de prob. sed refelluntur ipsis l. verbis; Opponi oportet.* *k d. l. pen. & ult Alioqui quomodo dicatur actionis dilatoria, si non differtur actio, sed constituitur? mendosum igitur esse existimo locum d. l. 19. C. de prob. & pro dilatoriam legendum esse peremtoriam, cum Don. in l. 9. C. de exc. n. 9. Cæterum. DD. hæc restringunt, ut lit. præced. ad eas, quæ processum differunt duntaxat. & d. l. 19. intelligunt de dilatoria solutionis. Sich. add. l. 19 n. 5. & seqq. Menoch. arb. C. 204. n. 1. Azo in summa. C. de exc. n. 6. Marant. p. 6. memb. 9. n. 7. & 8.*

suſpectum recuſare liceat, non eſt ambigendum, quin hujuſmodi exceptio poſt cœptum judicium objici *l* poſſit. Idem juris eſſe interpretes noſtri volunt, ſi exceptio gravamen ſucceſſivum, ut loquuntur *m* habeat: item ſi reus exceptionem ſibi competere in facto errans *n* ignoraverit. Illud certum eſt, exceptiones dilatorias, quæ adverſus in humanam ſolidi petitionem comparatæ ſunt, non ſolum poſt litem conteſtatam ante ſententiam objici poſſe, ſed etiam poſt rem judicatam in ipſa *o* executione. Tantundem dicere auſim, ſi exceptio judicium retrò reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi procuratoris. *p*

l *C. 25. de off. deleg. Sich. ad l. 13. C. de proc. n. 5. Sed in privilegio fori superveniente hoc locum non habet, sup. cap. 11.* *m* *Cujuſmodi eſt exceptio loci non tuti vel ſuſpecti. Mynſ. 2. obſ. 74. Gail. 1. obſ. 52. n. 3. Sich. ad d. l. 13. n. 6.* *n* *C. 4. X. de exc. Covar. pr. qq. 26. n. 2. ita uſu ſervari aſſerent, ſi & juſta ſit facti ignorantia, & ante concluſionem cauſæ opponatur.* *o* *l. 15. l. 17. §. ult. ſol. matr. l. Neſennius, §. ult. de re jud. rationem reddunt, quia non impugnat ſententiam, ſed moderatur vires judicati. Marant. p. 1. mem. 9. n. 18.* *p* *l. 24. C. de proc. ſi modo hæc vera exceptio. Plures etiam hujus generis fortaſſe apud DD. reperias.*

CAP. LIII.

De replicationibus.

Atque hæc quidem vis eſt exceptionis ſive ad perimendam ſive ad differendam actionem, ſi generalem hujus juris definitionem ſpectamus. Cæterum habet hæc regula etiam ſuam exceptionē, cujus hic tempeſtiva mentio introducitur. Ea hæc eſt: niſi exceptio, quæ prima fronte juſta videtur, re ipſa iniquè noceat. Finge creditorem, cui decem mutua debebantur, pactum eſſe cum debitore, ne ab eo peteret, poſtea cum quereretur creditor nullam fuiſſe cauſam debiti remittendi, obtinuiſſe, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rurſum ei petere licere. Hic ſi creditor agat, & excipiat debitor, obſtabit agenti exceptio: nam quamvis prius pactum per poſterius non tollitur ipſo jure, ſicut ſtipulatio tollitur per *q* ſtipulationem: tamen quia iniquum eſt creditorem excludi, alia *r* defenſione adjuvatur, quæ ex-

q *Hoc ideo, quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis factū verſatur. l. 27. §. 2. de pact. ubi Cujac. & Ant. Fab.* *r* *Inſt. de repl. in pr. quæ contraria quadam exceptio eſt, & quaſi exceptio. l. 22. de exc.*

ceptioni

ceptioni opposita eam elidat: & nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus *s* exceptionis. Quod si replicatio & ipsa iniqua sit, contra eam datur reo duplicatio, & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus *t* objicit: allegationumque ultro citroque exponendarum modus est infinitus: Quanquam apud nos cautum, ne ultra duplicationem procedatur, nisi id à judice ex gravi causa impetratum *u* fuerit. Porro posterior quæque defensio nihil aliud, quam exceptio ex iisdem causis nata, ex quibus nasci diximus eas, quæ reo primum *x* competunt, & propriè exceptiones vocantur. Cui jam & hoc consequens, ut iisdem & adversus eosdem inferiores omnes defensiones dentur, quibus & adversus quos competunt priores. Tantum duæ sunt exceptiones, adversus quas doli replicatio non datur; exceptio iurisiurandi; & doli mali: Si debitor creditore deferente iuraverit nihil se dare oportere, iusiurandum prætextu periurii non retractatur, sed omninò servandum est, non propter religionem magis, quam propter conventionem, quia *y* transactum videtur. Duo tantummodò *z* casus excipiuntur: unus est, si eâ lege delatum sit, ut liceret de periurio queri: alter si herede deferente legatarius iuraverit legatum sibi deberi, & prolato postea testamento constiterit nihil relictum esse. Idem placuit, si adversus exceptionem doli obiiciatur mutui doli replicatio: iniquum enim visum est, communem malitiam petitori præmio esse, ei, unde petitur, pœnæ: cum longè æquius sit, ex eo, quod perfidè gestum, est, actorem nihil consequi. †

s d. pr. l. 2. §. 1. & 2 de exc. Rhetores firmamentū appellant: nā definitore Cic. in partit. firmamentum est, quod ad labefactandā rationem (ea nostris est exceptio) refertur.

t §. 1. 2. & 3. inst. hoc tit. de repl. l. 2. §. 3. ff. de exc.

u Ampliat. Instr. art. 12. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10 cap 1. vide & Ordin. Cam. Imp. p 3. tit. 26. Concessā a. actori triplicatione. reo simul concessa esse intelligitur quadruplicatio. & sic deinceps.

x E. C. ex pacto, re judicata, dolo, Hinc actori replicatio pacti. l. 27. §. 2. de pact. rei judicatæ. l 24. de exc. rei jud. doli mali. l. 4. §. si à Titio. 32. de exc. dol. mal.

y l. 15. de exc. junct. l. 21. de dolo, l. 5. pr. & §. 2. de jurej. vid. cap. lib. 4.

z Quorum unus est in l. 1. C. de jurejur. & rebus cred. alter in l. ult. C. eod. tit.

† l. 4. §. Marcellus. 13. ubi Zaz. de dol. mal. exc. l. cum par delictum. 154. de R. I. ubi Pet. Fab. exempl. in l. domum 57. de cont. emt. aliud in l. 9. de dol. mal. exc.

ARNOLDI VINNI JC. JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ,

ſive

PARTITIONUM JURIS CIVILIS

LIBER QUARTUS.

De exercitione ſeu de forma & ordine judiciorum.

CAP. I.

De in jus vocatione.

HUcuſque cœlo ſereno quaſi ludibundi velis in altum elatis navigavimus. Nunc proceloſi judiciorum anfractus ſubeundi, quos tutius ſuperabimus velo contractiore. Igitur ex quatuor illis partibus, in quas judicium civile ab initio diſpertivimus, expoſitæ ſunt ſuperiore volumine duæ; perſonæ, quibus judicium conſtituitur; & res, quæ in judicium deducuntur: quarum in illa cauſam efficientem agnoſcere licuit, in hac omnigenam judicii materiam. Occurrit nunc judicii forma & ordo, pars judicii tertia, quam viſum eſt, propter ubertatem, volumine ſeparato eoque poſtremo tractare. Judicium aut primum eſt, aut ſecundum ſeu appellationis. Primi cujuſque judicii, quantenus totius actionis judiciariæ ſeriem ſpectamus, partes ſunt quatuor, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa *a* oſtendit. Prima eſt in jus vocatio: ſecunda litis conteſtatio: tertia cauſæ diſceptatio & cognitio: poſtrema ſententia judicis ſeu res judicata. Primum in actione judiciaria locum

a Et eleganter expreſſerunt Impp. in l. 1. C. de exc. rei jud. Quantum a. diſcrepet vetus ordo judiciorum ab eo, quo nunc utimur, ſummatim docet Vult. 2. juriſpr. Ro: cap. 26. & ſeq. Nos in ſingulis partibus ſuo quæque loco indicabimus.

attri-

attribuimus in jus vocationi: ab ea enim omnium actionum instituendarum principium *b* proficiscitur. Sed & partem judicii eam facimus. Non rectè inquis: cum judicium non ante dicatur cœptum, quam cum lis est contestata. Imò verò rectè inquam, quomodocunque vocem judicii accipiamus. Nam si latius accipimus pro toto litis *c* tractu: utique tam propriè & verè judicii, pars est in jus vocatio quam tria reliqua. Sin pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos *d* expediebantur, dici quidem potest *e* propriè partem non esse: sed tamen quid vetat partem judicii vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad id non perveniatur? Nam & vestibulum partem ædium dicimus, & actionis cujusque principium partem rectè appellamus. Sed de verbo non est, quod magnopere soliciti simus, dummodò intelligamus actionis omnis judiciariæ initium ab in jus vocatione proficisci. *f*

Igitur de in jus vocatione, ut & de omni alia re, triplex quæstio est; an sit; quid sit; qualis sit. Cum quæritur, an sit, hoc quæri intelligimus, an ad actionis aut judicii institutionem semper sit necessaria. De quo sic habe; In jus vocationem rem esse, quam necesse sit adhiberi in omni judicio, omninoque & ante omnia adversarium in jus vocandum esse, eo non vocato, nihil † cognosci, nihil statui posse, pro infecto esse, si contra *g* factum sit. Non habet res disceptationem in absente & invito reo. At quid si

b §. ult. Inst. de pœn. tem lit. Etsi verò libellus, quo decerni petitur in jus vocatio, prius offerendus, nō est tamen actus judiciarius. l. 15. hoc tit. de in jus voc. Pet. Greg. 48. synt. 2. n. 1.

c Ab in jus vocatione usque ad executionē, quæ processus judiciarii pars ult. VVes. ad rubr. C. de jud. n. 19. Cagnol. ad rubr. C. de edend, n. 21. & 24. quāquam nos qui executionem ab ordine, quo ad eam pervenitur, initio secrevimus, eam ut partem hîc non consideramus.

d Nempe pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Marant. specul. aur. p. 5. n. 2. VVes. d. n. 19.

e Per l. un. C. de lit. contest. l. amplius. rem rat. hab. & notari. cap. 2. lib. 3. tit. I.

f d. §. ult. Inst. de pœn. tem. lit. Vide etiam, qui partem judicii negant, eam vocant principium, basin & fundamentum processus. Gail. 1. obs. 48. n. 1. & 1. obs. 74. n. 1. sed vide totam.

† Notio & discussio causæ sunt corpus & substantia judicii: nec ullus potentior judicii defectus Vestr. 3. pract. Rom. C. 2. n. 7. & Gravat. ad Vestr. ibid. lit. D. vera a. notio & discussio causæ haberi nequit parte non præsente.

g Deficiente sc. unâ ex personis, quæ ad constitutionē judicii necessariò requiruntur. Nec judex contra jus naturale & divinū reū privare debet defensione, quæ naturalis est. Clem. pastoralis, de re jud. Pet. Greg. 48. synt. 2. n. 28. Dambhoud. prax. civ. C. 54. n. 3. Gail. de pac. pab. 5. n. 5. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. C. 1.

non vocatus ſponte venerit, aut inventus in jure ibique apud magiſtratum conventus, ultrò reſponderit? Hîc dicendum eſt judicium conſiſtere, quamvis nulla præceſſerit vocatio: unumquemque enim juri pro ſe introducto rectè *h* renunciare. Sed etſi inventus in jure judicium accipere recuſet, hoc obtentu, quod dicat ſe vocatum non eſſe, vulgò placet non eſſe *i* audiendum: & rectè. Huc enim ipſa ſpectat vocatio, ut in jus veniat, & præſens ſecum agendi poteſtatem faciat. Sanè induciæ deliberatoriæ petenti non ſunt denegandæ. *k*

Vocare autem in jus, *l* eſt vocare ad eum, qui jus dicturus *m* ſit, juris experiundi *n* cauſâ. Proinde ad judicem datum ſeu *o* pedaneum, qui vocatus erit, impunè non parebit. Ac propriè quidem in ius vocari adverſarius intelligitur, cui *p* præſenti denunciatur, ut iudicio adſit. Quod ſi aberit, domum eius denunciare *q* iubemur. Si ne ſic quidem veniat, aut certum domicilium non habeat, interpellandi propinqui & amici, iique omnes, quos probabile eſt defenſioni abſentis non *r* defuturos. Quod ſi & hi defenſionem eius ſuſcipere recuſabunt, procedetur, adverſus abſentem eâ viâ, quâ contra indefenſos agi ſolet.

h l. pen. C. de pact. Et ita in toto jure obſervatur, ut quæ deſiderantur non propter ſe, ſed propter finem aliquem aliū, non requirātur tunc, cum finem hunc conſecuti ſumus. Don. ad hunc tit. C. n. 3.

i Atque ita ſæpius in Cam. Imp. obſervari ſe vidiſſe teſtatur. Gail. 1. obſ. 48. n. 4. & cōm. aſſerit. Mynſ. 6. obſ. 6. n. 8. Quid ſi ad aliam cauſam citato alia lis intētetur, tenebitur ne & hic litem ſuſcipere abſq; prævia citatione? affirmat. Gail. 1. obſ. 51. n. 7. Contrarium tamen in Curiis ſervari tradit Mynſ. d. loc. n. 9. k *Nam cum duo ſint fines citationis, unus ut reus veniat, alter ut interim ad defenſionem ſe præparet Marant. hoc tit. n. 33. non debet præſentia rei hoc poſterius ei adimere.* l *In jus vocatio vulgò nunc citatio appellatur, ſed ea vox latior eſt, uſuſque citationis eſſe poteſt in quovis actu judicii. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 4. C. 3. an a. tunc æquè neceſſaria, vid. Gail. 1. obſ. 48. n. 1. & 2. Mynſ. 2. obſ. 91. & 6. obſ. 6.* m *§ ult. Inſt. de pœn. tem. lit. hoc eſt, cujus de ea re jurisdictio eſt vel propria vel mandata.* n *l. 1. hoc tit. id eſt, ut apud eum, cui id facere jus eſt, jure judicio agat de ea re, quam in judicium vocat.* o *Qui nudam notionē habet duntaxat l. 3. §. 1. hoc tit.* p *Ad faciem fieri hanc citationem DD. dicunt ex l. 13. §. 1. de excuſ. tut. & neceſſariam eſſe tradunt, quando ejus, qui citandus eſt, copia haberi poteſt per l. 1. § 1. de lib. agn. Sed ubi ſemel quis comparuit. auth. qui ſemel. C. quomod. & quand. judex. aut in faciem ſemel citatus eſt, poſſe deinde domi citationem fieri tradit poſt alios Pet. Greg. 48. ſynt. 2. n. 17.* q *l. 4. §. 5. de damn. inf. d. l. 13. §. de exc. tut. l. 5. §. 2. quod vi aut clam. Et hæc citatio, ut plerique volunt, non niſi in ſubſidium prioris admittitur. Quid ſi citandus plures ædes habitet? vid. Damhoud. prax. civ. C. 59. n. 2. Pet. Greg. d. loc. n. 18.* r *d. l. 4. §. 5. d. l. 5. §. 2. Damhoud. d. C. 59. n. 1. quando & quibus in cauſis locus citationi per edictum. vid. Gail. 1. obſ. 57. n. 4.*

Vocationem porrò talem quærimus, qualem jus *s* præscribit, vim & effectum postea consideraturi. Hic quædam in ipsa vocatione consideranda, quædam extra eam. In vocatione ipsa hæc tria; ritus vocationis; persona vocati; dies, quo vocatus se sistere debeat. Ritus olim nullus fuit: sed licebat privato cuique propriâ *t* auctoritate adversarium in jus vocare, latitantem etiam aut tergiversantem testibus adhibitis ducere, trahere, *u* rapere. Hoc autem cum fortè nec tutum nec humanum videretur, placuit postea, certè hic mos inolevit, ut ex auctoritate magistratus per apparitores viatoresvè vocatio perageretur. In persona vocati cautum est, ut ne annui magistratus, neu ii, qui necessario aliquo officio distinentur, pro tempore in totum *x* vocentur, neve parentes patronosve vocare liceat, nisi veniâ, à magistratu ante *y* impetratâ. Dies antiquitus communi litigatorum consensu constituebatur. Moris enim erat, ut qui litem vellet intendere, adversario denunciaret, ut in jus veniret: si nollet, vel cogeret eum, vel sponsorem acciperet fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur: & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à prætore judicio, diem committendi judicii condicebant, id est, invicem denunciabant, quo die judicio *z* ageretur. Quod si de die inter litigatores non convenisset, sic dicebat actor, ut moderatum spatium judex statueret. Hodie autem nulla amplius ejusmodi denunciatio aut condictio est, sed oblato libello citatorio, dierum viginti induciæ reo *a* indultæ, ut se-

s DD. fere citationis tres partes faciunt, commissionem judicis, executionem nuncii, & ejusdem relationem: quibus adde quartam, foemam sc. seu conceptionem, cujus requisita VVes. par hoc tit. n. 13. Gail. 1. obs. 48. n. 5. & seqq.

t Pretor tamen adeundus, ut vadari reum liceret, id est, ita vocare, ut ni satis vel cautum daret, m.mus in-[illegible]ionem pateretur. Rev. C. 5. ad l. 12. tab.

u Rev. d. loc. Duar. 1. disp. 1. Cuiac. 7. obs. 10. diff. Rob. 3. sent. 1. cui occurritur à Vult. 1. disc. 1.

x Vid. l. 2. & duas seqq. hoc tit.

y l. 4. & seqq. eod. proposita que est adversus negligentes actio pœnalis in 50. aureos. l. pen. hoc tit. Quod & hodie servatur. Venia a. in prima instantia impetratâ, non est necesse eam repetere in secunda. Sed nec subditus principem, nec Vasallus dominum feudi sine venia in jus vocare potest ex opinione interpp. in §. 12. Inst. de act.

z Vadari igitur est, quasi bellum per feciales indicere: condicere verò est diem prælii committendi constituere. Tuning. in d. §. 12. post Hotom.

a Auth. offeratur. C. de lit. contest. jure Can. numerus dierum in arbitrio judicis est: sed si minus breve tempus concesserit, appellari potest. C. 1. & 2. X. de dilat.

cum interim deliberet, cedere an contendere malit. *b*

b Nos hoc jure utimur, ut executor, vocato diem dicat: & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati, locus cateraque circumstantiæ desiderare videntur. Merula. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. C. 14. effecta citationis Gail. 1. obs. 74. n. 16. & seqq.

CAP. II.

De edendo.

EXtrinsecus ad vocationem accedit actionis *c* editio. Duo hic propter rerum conjunctionem quærenda; quid sit editio; tum quarum rerum exigatur. Edere, est scriptum tradere, quod editum velis, aut ita ostendere adversario, ut sit ei excipiendi vel describendi *d* copia. Res edendæ quædam ante, quædam post litem contestatam. Ante litē contestatam edenda est ab actore actio ei, qui in jus vocatur, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere, & si contendendum putet, ut veniat instructus. Actio rectè edita videtur, si ita concepta est in libello & edita, ut speciem futuræ litis demonstret, atque ut inde adversarius scire possit, qua de re sibi lis *e* intendatur. Duo igitur necessariò demonstranda; res quæ petitur & causa petendi. Res ita demonstranda, ut intelligi *f* possit. Causa petendi alia est in actionibus in rem, alia in actionibus in personam. In actionibus in rem hæ duæ; ab actore dominium; à reo possessio. Actionum in personam causæ vel generales sunt, vel speciales. Generalis una, omnium communis, obligatio. Speciales, aut parti-

c Quæ non præcessit, sed secuta est in jus vocationem, ut benè Don. in rub. C. hoc tit. n 6. In praxi hic ordo servatur, ut prius quidem quam citatio decernatur, judici offeratur libellus, qui citationis dicitur: sed comparenti citato offerendus libellus conventionis, id est, actio edenda. Marant. Spec. p. 1. memb. 3. de lib. obl. n. 1. & 25. an & quatenus tenor libelli citationi inserendus, vid. Gail. 1. obs. 48. & seqq. Myns. 5. obs. 85. n. 7.

d l. 1. §. 1. l. 10. §. 2. hoc tit. de diversis actionum edendarum rationibus vide Rær. pro tribunal. 4.

e l. 3. hoc tit. Ex constitutione a. Justin. est, quod actor actionem libello complecti debet, eamq; reo offerre auth. offeratur. C. de lit. cont. nam olim etiam dictare actionem licuit. l. 1. §. 1. hoc tit. Sich. in d. auth. n. 3. Schneid. in §. 1. Inst. de act. n. 99.

f In actionib. specialib. rei vind. commod. depos. &c. rem designari oportet; in obligationib. faciendi petitur id, quod interest; in actionib. generalib. pro soc. negot. gest. tutela ratio administrationis & reliqua; in petitione hereditatis hereditas. Don. ad l. 3. C. hoc tit. n. 7.

culares,

culares, aut propriæ. Particulares ferè quatuor, contractus, quasi contractus, maleficia, & quasi. Propriæ, facta singula & negotia, quæ in aliquam ex quatuor istis causis particularibus cadunt. In actionibus in rem sufficit causam petendi *g* communem dicere: in actionibus in personam addenda est & specialis & *h* propria. Ratio varietatis hæc est: quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, necne. At in actione in personam nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere *i* potest. Cæterum nomen actionis libello complecti nihil necesse esse existimo, cum id apposita certâ & convenienti agendi causâ ex ipsa narratione satis intelligatur. *k*

Duplex jam hîc exoritur quæstio. Primo est, an actionem semel editam postea emendare aut mutare liceat: secunda, si liceat, quamdiu, utrum ante litem contestatam tantum, an verò etiam postea. De prima disertè rescriptum est, licere actionem editam emendari & *l* mutari. Emendatur actio edita, cum ei vel adjicitur quid, vel detrahitur: mutatur, cum repudiatâ vetere instituitur nova. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones; quarum una hæc est, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas: altera, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacunque quis experiri velit: proinde si quis novâ experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spacium ad deliberandum *m* dari. Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa aut mutatio sine damno adversarii

g Etsi non adjiciat actor se dominum esse ex donato, legato & simili. causis. Gail. 1. obs. 61. n. 7.

h *Vt puta aio te mihi 10 dare oportere, quæ tibi dedi mutua, aut si quæ alia obligationis causa. Gail. d. loc. n. 4. Schneid ad §. 1. Inst. de act. n. 110.*

i *Vid. Gail. d. loc. n. 7. Schneid. d. loc. n. 116. Don. ad l. 3. C. hoc tit. n. 8.*

k *Nam ex causa & jure petendi ac medio concludendi qualitas intentatæ actionis satis colligi potest. Gail. d. loc. n. 9. vide omnino Vacon. 6. declarat. 88. convenit jus Can. C. dilecti. X. de jud.*

l *l. 3. C. de edend. & ib. Don. n. 5. §. si minus. 34. & seqq. Inst. de act. & ibi DD. Sich. ad auth. qui semel. C. quom. & quand. jud. n. 12. & seqq. Damhoud. prax. civ. C. 110.*

m *Siquidem æquitas edicti non solum pertinet ad actionem, quæ primo instituta, sed ad omnem petitionem etiam novam quia in omnibus pariter interest rei nosse quid & quamobrem petatur, sine quo scire non potest cedere, an contendere debeat. Don. in d. l. 3. n. 13.*

fiat:

fiat: ideoque qui temerè adversarium suum in jus vocaverit, is ei viatica & sumtus prioris litis reddere *n* tenetur. Secundum plusculum dubitationis habet. Ego puto jus actori & nunc esse & olim fuisse, actionem editam emendare aut mutare non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam *o* post litem contestatam. An ergo & eodem judicio? hoc quidem disertè cautum est à Justiniano: sed haud scio, an istis verbis non tam judicii unitatem denotare, quam personam judicis & negotii apud eundem continuationem voluerit: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo illo, quo prætor de integrò adeundus erat, ut novum de ea re judicium & judicem daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio, quod quidem negari non potest: nam si reus post novam actionem editam & inducias ad deliberandum denuò concessas ad contradicendum venerit, utique contradictione suâ novam litem facit. *p*

Post litem *q* contestatam quædam ab actore edenda, quædam à reo. Ab actore instrumenta & rationes. Instrumenta non quævis, sed quibus in causa usurus sit: rationes etiam, quibus usurus non sit, sive privatæ sint, sive *r* publicæ, ut fisci. Utrumque summâ ratione: nam ex instrumentis fides & vis actionis pendet, & ex rationibus etiam solutio debitoris cognoscitur, cum ita conficiantur, ut duas paginas contineant, accepti & *s* expensi. Rationes autem cum die & consule *t* edi debent, earumque editio quovis tempore post litem contestatam rectè desideratur. In-

n Per l. cum quem. 79. de jud. l. 75. de R. l. Don. in d. l. 3. n. 14. Gilken. ibid. n. 15.

o l. 32. de neg. gest. l. 57. §. 1. de cond. ind. l. 18. §. 1. und. vi. l. 4. §. ult. de nox. act. Clem. ult. de appell. §. 35. Inst. de act. Sed usu fori recepta est communis DD. doctrina libellũ emendari quidem post litẽ contestatam posse, mutari a. non posse teste Zaz. in §. si minus. Inst. de act. Gail. 1. obs. 74. n. 5.

p Vide hac de re doctè disserentẽ Bachov. in Trentl. vol. 1. disp. 4. th. 13. lit. D.

q Hæc editio non est præparatoria, sed instructoria causæ & judicii. l. 10. §. 2. hoc tit. Certis tamen casibus etiam ante cœptum judicium peti posse statuunt vulgo DD. vid. Mynſ. ad C. 1. X. de prob. Vult. 1. disc. 6.

r l. 1. §. 3. ff. l. 5. & seq. C. hoc tit.

s Rationes ita conficiuntur, ut scribantur non tantum pro creditore, sed etiam pro debitore. l. 6. §. 3. eod. cætera instrumenta pro eo solum confici solent, qui ea sibi habet, quæ causa est, cur rationes omnes edendæ instrumenta a. duntaxat ea, quibus actor usurus est. Unde a. hoc constabit, si nondum utatur? vid. Cagnol. in l. 1. C. eod. n. 61. & seqq.

t Quoniam accepta & data alias apparere non possunt. l. 1. §. 2. eod. Cuiac. 10. obs. 14. dies data in principio libri rationum positus comprehendit sequentia folia, in quib. non est dies specialis. l. 6. §. 6. eod. Zaz. par. eod. n. pen.

ſtrumentorum verò editio fit *x* ſine die & conſule, neque antè neceſſaria, quam cum iis actor uti *y* volet. A reo, qui defenſione aut exceptione aliqua *z* utitur, edenda ſunt hæc; exceptio; inſtrumenta publica & privata *a* communia, quibus uſurus eſt; rationes in quibuſdam *b* cauſis. Hæ cauſæ partim ex conditione actoris, ſi delator eſt, qui quid nunciat *c* fiſco: partim ex conditione & perſona rei, ſi eſt *d* argentarius, aut rei alienæ *e* adminiſtrator. Extra has cauſas nulli actori privato reus privatus rationes ſuas proprias edere cogitur: neque id vel juris vel æquitatis ratio permittit. *f*

x Ne quid exce[...]etur & p[...]to die fiat. d.l.1.§.2. Secus tamen eſſe volunt ſi editio non ad deliberandum, ſed probationis aut confutationis gratiâ petatur. A. Fab. C. ſuo hoc tit. n.2. Old. claſſ. 1. act. 8.

y l.ult.C.hoc tit. Quando edendum originale, vid. Mynſ. ad d. C.1. n.43. & ſeq. Si inſtrumentum plura capitula contineat, totum quidem judici exhibendum, parti a. copia clauſulę controverſæ. Old. d. act. 8. q. 6. Gail. 1. obſ. 106. n. 10. z *Quod qui facit, agere videtur. l. 1. de exc. ideoque ad edictum pertinet. l. 1. pr. hoc tit. Planè ſi reus inficiatione pariter & exceptione utatur, hîc non cogitur edere rationes, & adverſus ſe armare actorem, ſi forte ſolutum in rationes non retulerit. l. ult. C. eod. ub. Don. n. 7 & 8.* a *l. 2. l. 7. C. eod. quid ſint & quod modis fiant inſtrumenta communia, diſce ex Don. ad d. l. 7.* b *Sic n. ſcriptum in l. 1. C. eod. ut reus rationes ſuas exhibeat, ex cauſa ad officium judicis pertinet.* c *Niſi ex capitali cauſa. l. 2. §. 2. de jur. fiſc. & ita temperanda. l. 3. hoc tit. Don. ad d. l. 1. n. 3. Brunch. 2. aſſ. 94. Gail. 1. obſ. 106. n. 11.* d *Ejuſve heres. l. 4. l. 9. §. 1. eod. Argentariorum hodie nullus uſus: ſed obtinuit, ut quæ de iis hîc conſtituta ſunt, ad Notarios producantur. Old. d. act. 8. Gail. d. obſ. n. 6. antiquitatis ſtudioſi adeant Cujac. 10. obſ. 14. Rav. 1. var. 15.* e *Ut procurator, tutor, ſocius &c. l. pr. hoc tit.* f *d. l. 1. l. 4. C. eod. l. nimis grave. C. de teſtib. plures tamen cauſas reperies apud DD. vid. Gilken. ad d. l. 1. Mynſ. ad d. C. 1. X. de prob. n. 12.*

CAP. III.

De cautione judicii ſiſtendi cauſa. tum quæ ſit pœna adverſus eos, qui ſui poteſtatem non faciunt, neque defenduntur.

JUſtâ vocatione conſtituta, ſequitur, ut de neceſſitate, quæ vocationi adjuncta eſt, deinceps cognoſcamus. In quo tamen explicando non eſt neceſſe ſingula minutim exequi, cum longè alio jure circa in jus vocationem hodie utamur: digitum tantum ad fontes, unde hauriatis intendam. Reo igitur ita, uti diximus, in jus vocato, actioneque edita proponitur hæc conditio, ut aut ſtatim in jus eat, aut ſe ad con-

stitutum diem judicio stiturum *g* caveat. Quid sit & qualis hæc cautio, tum quam vim habeat, obiter videamus. Cavere nihil aliud est, quam promittere, se in judicium *h* venturum litis contestandæ *i* causa, ibique permansurum usque ad terminum litis: quæ clausula à Justiniano veteri cautioni *k* adjecta est. Cautio hæc pro conditione personarum aut est satisdatio; aut nuda repromissio; aut jurejurando confirmata. Jurant, non satisdant, *l* immobilium possessor, viri *m* illustres. Cavent tantum, non jurant, parens, *n* patronus, clerici. Cæteri satisdare coguntur, id est, datis fidejussoribus cavere. Fidejussor autem locuples pro rei qualitate dandus, ut tamen in personis necessariis qualiscunque pro locuplete *o* habeatur. Effectus cautionis est, ut si reus non steterit, teneatur in id, quod actoris *p* interest: si cavere nolit, jus sit actori invitum, si extra *q* domum conspiciatur, in jus ducere, pœna constituta adversus eum, qui in jus vocatum vi *r* exemerit. Sed cur actorem rebus, ut videtur, non necessariis oneramus, ut aut ducat reum, aut *s* vadimonio obstringat? Cur non potius eo absente res cognoscitur & judicatur? Rectè quidem hoc diceretur, si lite non contestatâ de re cognosci & judicari ratio juris civilis permitteret: nunc verò cum non nisi lite contestatâ causam cognoscere & ad sententiam definiti-

g De quo tit. ff. ut in jus voc. eant. & seqq. usq. ad tit. de edend.

h Sistere se judicio, ad judicium venire seu occurrere veteres pro eodem usurpant.

i Ut reus judicium accipiat, secundique agendi potestatem faciat. l. 10. si quis caut. l. 8. eod.

k §. 4. Inst. de satisd. quod quâ ratione constituentum, cum lite contestatâ absente quoque reo cognosci & judicari possit, vellem ipse doceri.

l l. 15. pr. d. tit. quis possessor immobilium habendus. d. l. 15. §. 1. & seqq. adde Sich. ad auth. offeratur. C. de lit. cont. n. 18. Damhoud prax. civ. C. 99. n. 9. *m l. pen. & ult. C. de dignitat. lib. 12. Schneid. ad rub. Inst de satisd. n. 4.* *n Arg. l. 34. §. 4. de jurej. de clericis est in l. 25. C. de episc. & cler. C. 1. X. de jur. calum. Cujac. no. 49. in fin.* *o l. 1. & 2. in jus voc. ut eant. l. 2. §. 2. qui satisd. cog.* *p l. ult. si quis in jus voc. nisi tamen certa quantitas pœnæ nomine promissa sit. Old. cl. 1. act. 6. eodemque modo tenentur & fidejussores. d. l. 2. §. ult. De impedimentis, quæ reum excusent, vid. tit. si quis in jus voc.* *q Nam domus tutissimum cui qui refugium. l. 18. & seq de in jus voc. l nemo. 103. de R. I. ub. Pet. Fab. quod ad praxin ita trahit. Damhoud. prax. civ. C. 59. n. 10. ut putet non licere domum ingredi citandi causâ, sed ante fores denunciationem fieri debere. sed vide Thuldan. in annot. ib. lit. C.* *r tit. in jus voc. ut. eant. junct. tit. Ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* *s Quid sit vadimonio se obstringere, promittere, accipere. obire deserere vadimonium, docet Bud. in ann. in Pand. fol. 22. Quid differant desertio vadimonii & eremodicium, Cujac. ad l. 7. §. ult. de min.*

vam *t* procedere liceat, utiliter introducta est cautio, cujus desertæ pœnam subiret reus, si suâ die in judicium non venisset, cum adversario litis contestandæ causâ. Hodie verò cum moribus nostris obtinuerit, ut sive reus vocatus venerit, sive non venerit, judicium nihilominus *u* peragatur, mirum videri non debet, si eodem jure circa in jus vocationem non utamur. Sed ratio ad jus Romanum.

Cautio igitur hæc, ut dixi, & ductio eò spectabant, ut reus in jus veniret, judiciumque acciperet. Sed ne hîc quidem veteres subsistunt. Nam & duplici insuper pœnâ à magistratu coërcentur, qui in jus vocati secum experiundi potestatem non faciunt; multæ irrogatione; & bonorum possessione distractioneque. Multa pro jurisdictione judicis irrogatur omni, qui in jus vocatus dolo malo non venerit, sive caverit, sive non *x* caverit, dummodò is sit, qui & venire debeat, & intelligat se debere. Quod si idcirco non venerit, quia aut dies esset feriatus, aut quia jurisdictioni ejus, ad quem vocatur, subjectus non sit, multa ei remittitur, sicut & homini rustico & *y* imperito. Altera pœna constituta adversus omnes, qui absentes non defenduntur, hæc est. Si is, cum quo actio est, tribus edictis vel uno peremtorio evocatus (sic enim hodie citandi etiam vadimonii *z* desertores) potestatem sui non faciat, neque defendatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, ut si res exegerit, etiam *a* distrahantur. Et si quidem agatur actione in personam, mittuntur creditores in bona debitoris universa, pro modo ta-

t No. 5. C. 4. tit. X. ut lit. non cont. non proc. excipiunt causas in quib. summariè & de plano proceditur, item appellationis & paucas alias. vid. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 6. C. 2.

u Sc. post tres citationes & quartam ex superabundanti art. 108. Instr. Cur. Holl. add. Gail. 1. obs. 60. in actione reali mittitur petitor in possessionem rei petitæ, prout cautum art. 110. d. Instr.

x l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non ier. nec u. partem magis, quam judicem offendit contumacia.

y Hæc ad istã sententiam Paul. in d. l. 2. Plane ei, qui supra jurisdictionem suam jus dicit, impunè non paretur. l. ult. de jurisd. sed hoc tunc verè dicitur, cum de eo constat: quod si de eo dubitetur, vocati est non contemnere auctoritatem prætoris. l. 5. de jud. Zaz. pat. si quis in jus voc. n. 4. Damh. prax civ. C. 74. n. 3. Bronch. 2 enant. ass. 23.

z Nov. 69. & 112. C. 1. X. de dilat. C. ult. ut lit. non contest. quibus in causis plures citationes requirantur, aut una cum intimatione sufficiat, pete ex Instr. art. 108. & aliquot seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. C. 3. adde Stehard. in l. 2. & seqq. maximè. 8. C. quom. & qu. in jud.

a Quod est argumentum tit. quib. ex ca. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss.

men & quantitate *b* debiti. Si verò actione in rem, in latitantis quidem omnia, in absentis autem non omnia, sed in rei petitæ possessionem *c* duntaxat. Huic ergò pœnæ duæ res locum faciunt; si vocatus potestatem sui non faciat; si non *d* defendatur. Potestatem sui non facit, non tantum qui frustrationis causâ latitat, sed etiam, qui sine consilio fraudandi abest, aut quicum, quantumvis præsente, experiundi potestas non est. Sed hoc interest, quod latitantium & eorum, cum quibus agi non potest, bona etiam distrahi jubentur: cæterorum pœna bonorum *e* possessione terminatur. Non defenditur, qui justa & legitimâ defensione destituitur. Justam defensionem vel à se quisque habet, vel ab alio. A se, qui ipse judicium suscipit, si modò is sit, qui potest judicio *f* obligari. Ab alio, quem vel jus tuetur, vel alienum factum. Jure defenditur, qui in ea causa est, ut conveniri non possit: puta si in diem aut sub conditione debeat, aut exceptione *g* tutus sit. Alieno facto, cujus nomine alius paratus est judicium suscipere, qui & idoneus defensor sit, & defendat *h* oblatâ satisdatione judicatum solvi.

Is, qui in possessionem venit, quædam statim consequitur, quædam non statim, sed ita, si res exegerit. Statim consequitur duo *i* custodiam & observationem, *k* jus pignoris. Custodia & observatio hoc ei tribuit, ut, si qui fructus ex rebus possessis capi possint,

b l.1.quib.ex ca. in poss. junct.Nov.53. C.4. ex quo tamen cap. DD. vulgò probant, in partem bonorum mitti, & cum iis Duar. C.2.ad d.tit. Sanè si certa species actione in personâ petatur, haud dubiè in eam ipsam mitti oportebit.

c l.7.§.item videamus.& seq. eod. jure Can.indistinctè in res petitas tantum. C.ult. ut lit. non contest.

d Utrumque edicto complexus est prætor in l. 2. d. tit. ut a. constet neminem existere defensorem, interpellandi sunt ii omnes, quos probabile est, defensioni rei non defuturos, idque testatione complectendum, ut magistratui fides fiat. l.5.§.1.l.21. §.ult. & l. seq. ex quib.ca. maj. confer. Marant.p.6.memb.9.de citat.n.105. & seq.

e l.7. §.1. & seqq. eod. de quo mox uberius.

f Nam si V.C. de re ad pupillum pertinente agatur, non videbitur pupillus defendi, si ipse se liti offerat: hoc exigimus, ut ab alio defendatur. l.5. pr. & §.ult.eod.

g l.pen.in fin. l.7. §. si in diem eod.l. eo tempore.50.de pecul.

h d.l.5.§.rectè. l.rectè. 63.de jud. facit l.35.§.3.l.pen.de proc.

i l.12. hoc tit. l.3. §.ult. de acq. poss. vera a. possessio ex hac causa non acquiritur, multoque minus dominium. l.8.C.de reb.auct.jud.poss. vulgò tamen persuasum misso in mobilia veram possessionem acquiri itemque in actionib realibus semper. Gail.de arrest.C.1.n.7. quod refellit Menoch.ret.poss.rem. 3.n.108, & seqq. & Gæd.de sequestr.C.2.n.9. & seqq.

k l.26.de pign.act.hoc a. pignus prætorium est. l.2. C.qui pot.in pig. quod ab arresto differre licet multi cum eo confundant, docet Gæd.in rubr. X. de sequestr.n.20.

eos ex bona fide vendere & locare *l* possit. Quidquid autem inde perceperit, id aut in sortem imputare cogitur, aut *m* restituere. In causa tamen hereditatis ob nimiam rei contumaciam etiam lucro petitoris *n* cedunt. Pignus rem possessam ita subjicit potestati creditoris, ut non liceat debitori eam attingere, aut ex iis, quæ inde nascuntur, quidquam sumere, ne ad vescendum quidem, nisi pupillus sit debitor, cui hoc specialiter *o* concessum. Hæc omnia huc spectant, ut tædio perpetuæ custodiæ affectus debitor tandem *p* veniat. Cujus bona ex edicto possidentur, eorum etiam venditio permittitur: sed neque adversus omnes aut latitantes aut absentes, neque statim, sed si res ita *q* exegerit. Ex latitantibus huc pertinent ii solum, in quibus inest fraus & consilium *r* fraudandi creditores. Ex cæteris absentibus ii, cum quibus judicium esse non potest; veluti si defuncto debitori nemo hæres *s* extitit, vel si debitor exilii causâ solum *t* verterit, neque defendatur. Postremò eorum omnium, qui in perpetua *u* cura sunt. Pupillus, quamvis non defendatur, inter hos non numeratur: sed in eo hæc distinctio est. Si cum pupillo ipso quid contractum sit, neque defendatur, jubetur quidem creditor in bona ejus ire, vendi autem bona non jubentur, sed exspectanda pubertas. Sin contractus descendat ex persona ejus, cui hæres extitit, etiam vendi jubentur, cum perquam iniquum sit, eum, qui cum pupillo nihil gessit, expectare ejus *x* pubertatem. Cæterum non est acceleranda bonorum venditio: nam ne latitantis, quidem bona statim venire

l *Quæ de re diligenter & dilucidè scriptum in l. 8. §. 1. & seqq. de reb. auct. jud. poss.*
m *l. 9. l. 14. d. tit. add. Gail. de arrest. 14. Gæd. d. loc. n. 5. & 3. seqq.*
Ex recepta opinione, qua missus in realibus verus possessor statuitur, etiam fructus lucrari eum oportit.
n *l. 7. §. ult. quib. ex ca. in poss. Idē plerique probant & in aliis causis ob nimiam rei contumaciam.*
vid. Menoch. d. rem. 3. n. 178. Gæd. d. loc. §. ult. d. l. 7. de secun. do decreto accepit.
o *l. 33. l. ult. de reb. auct. jud. poss. quod transferri potest ad omnes, qui pupillo similes. arg. l. 7. §. 10. & 12. quib. ex ca. in poss. De instrumentis & rationib. quid in his creditori permittatur, vid. l. 15. de reb. auct. jud. poss.*
p *l. 5. pr. ut in poss. leg. Add. Menoch d. rem. 3. n. 170. & seqq.*
q *l. 7. §. 1. quib. ex ca. in poss. junct. l. 21. §. 2. ex quib. ca. maj. Interpp. hîc vulgò duo decreta agnoscunt, & ex secundo demum ad distractionem veniri. per l. 15. §. Iulianus. de dam. inf. sed errorem esse ostendit Schifordiger. ad Ant. Fab. tract. 7.*
r *Vid. d. l. 7. §. 2. & multis seqq.*
s *l. 6. de reb. auct. ind. poss. l. 1. C. eod. l. 5. in fin. pr. ne succ. ed.*
t *Nam & exilio temperario puniti mortui exitum hîc patiuntur. l. 13. quib. ex ca. in poss. non item ab hostibus capti. l. ult. de reb. auct. ind. poss.*
u *Vt furiosi, prodigi &c. d. l. 7. §. plane. 10. & §. 12.*
x *l. 3. quib. ex ca. in poss. eat. adde Cuiac. 10. obs. 31.*

permittit prætor: sed ita, si res *y* exegerit. Hæc verba in latitante sic accipiemus, si & justo tẽpore transacto constiterit eum verè contumacem esse, & creditor distrahendi potestatem sibi fieri postulans doceat suum esse *z* debitorem. In eo, cui nemo heres esse dicitur, si & neminem heredem esse constet, & de debito item ostendatur. Furiosorũ & similium, qui alieno consilio perpetuò reguntur, statim quidẽ vendi bona permittuntur, sed causâ cognitâ, puta si urgeat æs alienum, & dilatio damnum allatura sit creditoribus. †

y Ut est in l. item. 21. §. 2. ex quib. ca. maj.

z l. 9. C. de bon. auct. jud. poss.

† An in hac auctione loqua beneficio l. 2. C. de resc. vend. affirmant atq; in praxi ita servari testantur Pinell. ad d. l. 2. part. 2. C. 2. n. 25. Gomes. 2. var. res. 2. n. 23. Damhoud. prax. civ. C. 4. n. 16. & ut propè totidem verbis Ulpian. in d. l. 7. §. planè. 11. quib. ex ca. in poss.

CAP. IV.

Bonorum auctione constituta quid quærendum. Qui quibus in distractione bonorum præferantur.

VEnditione bonorum impetratâ & auctione constitutâ, necessariò quæritur. 1. quid bonorum appellatione contineatur. 2. ubi venire debeant. 3. si plures eandem rem licitentur, quis cui præferatur. 4. si plures existant creditores chirographarii, qui quibus potiores habeantur. In bonis computantur non solum, quæ dominii nostri sunt, vel dominio proxima, ut superficiaria & emphyteuticaria, aut quæ emolumentum rei continent, ut ususfructus: sed in universum omnia, quæ in ea causa sunt, ut de his possidentes exceptionem, amittentes ad ea recuperanda actionem *a* habemus. Auctionem ibi fieri oportet, ubi quisque domicilium habet aut *b* contraxit. Creditor cognatusvè extraneo, & huic ille præfertur, ex creditoribus cui major pecunia *c* debetur.

a l. rem in bonis. 52. de acq. rer. dom. l. 49. de V. S. l. 8. de reb. auct. jud. poss. una exceptio est in l. 28. d. tit. & altera in l. pen. eod.

b l. 1. 2. & 3. eod. de ritu solemni subhastationis vid. Pet. Greg. 47. synt. 24. n. 8. & seq Damhoud. subhastat exegesi. C. 1. n. 10. & seqq. & C. 3. & 4.

c l. 16. de reb. auct. jud. cujus rei rationem pete ex Ant. Fab. 5. conj. 15. Cui tamen non per omnia assentiendum in eo, quod contra quam Bart. & comm. DD. condendit, in comparatione creditorum non præferri eum, qui & creditor & cognatus, ei, qui creditor tantum. Nam absurdum non est, ut potior sit, qui duplici causa nititur, quam qui una duntaxat.

Postre-

Postremò ut inter creditores chirographarios, eosvè, qui res alioqui obligatas non *d* persequuntur (nam de his solis hoc loco quæritur) alii aliis præferantur, duæ res efficiunt, privilegium, & separatio bonorum.

Privilegium est jus sine pignore ante alios exigendi: quod non ex tempore, sed ex causa *e* æstimatur. Causa privilegii aut est in persona creditoris; aut in re, de qua agitur; aut in persona & re conjunctim. Personæ, quæ privilegium habent, duæ; *f* fiscus, non tamen in *g* pœna; & *h* respublica. Res, de quibus agitur, ferè *i* quatuor; impensa funeris; pecunia credita navis fabricandæ vel instruendæ aut ædium restituendarum causa; pecunia deposita apud personam publicam, puta argentarium; pecunia ejus, quæ ad creditores privilegiarios pervenit. In re & persona simul privilegium duabus in causis: una est causa dotis, si mulier ipsa agat, cujus nomine dos data *k* est: altera, si à pupillo aut furioso & similibus agatur de administratione rerum ad ipsos pertinentium adversus tutores, curatores, procuratores *l* eorumve successores. Inter hos creditores hic ordo servatur. Præcedit omne creditum funeris *m* impensa. Secundum hanc præfertur *n* cæteris mulier in causa dotis, tantum excepti, qui pecuniam crediderunt ad comparandam militiam eâ lege, ut in ipsius militiæ pignore potiores essent. Post hos privatis omnibus præfertur *o* fiscus. Post fiscum inter privatos is, qui in rem emendam aut restituendam instruendamve pe-

d *Multùm differunt jus prælationis & tacitæ hypotheca. vide Gail. 2. obs. 25. Ant. Fab. 6. err. 1. & tract. Pet. Vanter. de priv. cred.*

e *l. privilegia 32. de reb. auct. jud. secus quam pignus aut hypotheca. l. 2. in fin. & passim. ff. qui pot. in pign. l. 2. l. licet. C. eod. C. qui prior. de R. I. in 6. Gail. d. l. n. 2. & 13.*

f *l. quod quis. 34 de reb. auct. jud. qui etiam jus pignoris habet. l. 2. C in qu. ca. pign.*

g *l. quod placuit. 37. de jur. fisc. tit. C pœn. fisc. creditorem præf. aquum n. saVete [illegible] d. ino solicito, quam captantis lucrum per l. 41. §. 1. de R. I.*

h *l. pen. de reb. auct. jud. jus a. pignoris habere remp. non legimus.* i *Vid. l. 17. d. l. 34. l. 24. § 1. 2. & ult. d. tit.* k *d. l. 17. §. ult. l. 19. eod. Si tamen prioris uxoris filii concurrant cum noverca, illi potiores. l. ult. §. 1. vers. exceptis. C. qui pot. in pign. Habet etiam mulier de dote agens jus tacitæ hypotheca. l. un. § 1. C. de rei ux. act.* l *d. l. 19. §. 1. & ll. seqq. Cæterum ad heredes pupilli &c. idem privilegium non pertinet. d. l. 19. §. ult. tutoris & curatoris bona etiam pignoris titulo pupillo &c. obligata. l. 20. C. de adm. tut.* m *l. 14. §. 1. l. pen. de rel. & sumt. fun. etiam jus tacitæ hypotheca. arg. d. l. 14. §. 1. junct. l. 4 & 6. in quib. ca. pign. nec desunt, qui de expressa idem statuunt. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 24. th. ult. l. B. & S. & probat Timæ. Fab. 1. annot. 5.* n *l. ult. C. qui pot. in pign. & sic correcta l. 2. C. de privil. fisc. exceptio sequens est in Nov. 97. C. 3.* o *Cujus causa ideo præcipua, quia publica. d. l. 34. de reb. auct. jud. poss.*

cuniam p credidit. Extremò loco, qui pecuniam apud mensularium q deposuit. Qui pecuniam dedit, ut ea ad creditorem privilegiarium perveniret, is hujus conditione utitur. Quod si plures ex eadem causa privilegio utantur, alius alii, licet tempore prior, non præfertur. r

Alterum, quod efficit, ut alii aliis præferantur, est separatio bonorum. Separatio est bonorum & creditorum aliorum ab aliis discretio, prętoris decreto causâ cognita s concessa. Sed neque omnibus creditoribus, neque omnium bonorum conceditur, neque concessa semper durat. Duo sunt genera creditorum, à quibus, & totidem bonorum, in quibus postulari potest: à castrensibus creditoribus, ut separentur bona castrensia filiifa. militis t à paganis: item à creditoribus hereditariis (inter quos numerantur & u legatarii) ut bona defuncti ejusdemque debitoris sui sibi separentur à bonis heredis, qui & ipse suos habeat x creditores. Heredi verò, qui sponte se obligat, aut creditoribus ejus, quorum conditionem deteriorem facere potest adjiciendo sibi alios creditores, separatio y non datur. Patrono datur heredi liberti, qui alii heres z extitit. Excluditur autem jus postulandæ separationis quatuor de causis: 1. tempore, si intra a quinquennium ab adita hereditate non petatur. 2. confusione, si res hereditariæ cum bonis heredis ita confusæ sint, ut separari amplius non b possint. 3. distractione, si bona, quorum separatio postulatur, distracta c sint. 4. voluntate creditoris, si deintegrò cum herede animo novandi contraxerit. d

p d.l.34. vid. tamen No. 27. C.3.
q l.24. §.2. de reb. auct. jud. cui è diametro adversatur. l.7. §. 2. depos. cum tamen utraq; sit ejusdem auctoris. placet conciliatio Tmæ Fab. 1. ann. 7. quem vide.
r l.3 §. de reb. auct. jud. excepta est species. l. ult. §.1. vers. exceptis. C. qui pot. in pign.
s l.1. pr. & §. de his autem. 14. hoc tit. de separat.
t d. l.1. §. si filiifa. 9. præterquam si cujus ex his creditoribus pecunia in ea patris versa fuerit. ibid.
u Sed ita ut defuncti creditores prius suum consequantur. l. pen. eod. quæ & sententia l.4. §.1. eod.

x d.l.1. §.1. nec interest utrum purè his debeatur, an in diem aut sub conditione. d.l.4. y d. l.1. §.2. & §. quæsitum. 5 planè ubi ipsi heredi separatio datur, æquum est & creditoribus dari, quod accidit in una specie, quæ est, in d.l.1. §.6. add. Ant. Fab. 2. err. 2. Sued. decis. 310. z Ne in potestate liberti sit fraudare patronum non necessaria onera suscipiendo. a d.l.1. §. quod dicitur. 13. vid. Ant. Fab. 1. jurispr. 6. princ. 5. illat. 3. b d.l.1. præterea. Ant. Fab. d. err. 2. pag. 26 c Sine fraude sc. l.2. d. hoc tit. Fab. d. illat. 3. pag. 246. Non est idem si pignori obligata sint. d.l.1. §.3. eod. d d.l.1. §. illud sciendum & seq Non est in hoc numero, qui judicium dictavit heredi, quia ex necessitate hoc fecit, ut sceipsum est in l. ult. eod.

CAP. V.

De curatore bonis dando.

CReditoribus in possessionem missis nihil ulterius permitti intelligitur, quàm, ut supra quoque dixi, bona custodiant atque observent: cæterum actiones nomine debitoris exercere, aut res vendere minimè possunt. Verum enimverò cum hoc fieri interdũ creditorum, nonnunquam & debitoris ipsius *e* intersit; receptũ est, ut curator postulantibus creditoribus constituatur, qui interim bona tueatur, actiones instituat, & quæ necesse est, distrahat, ne aut pereant, aut servata rem *f* minuant. Videamus ergo à quo quibus postulantibus, & quis bonis curator detur, tum item, quæ sit potestas dati. Constituitur curator à prætore ex consensu *g* creditorũ aut majoris partis, id postulantium: nam si nemo postulet, prætor curatorem proprio motu non *h* dabit. Eum, qui constituitur, non utique necesse est, creditorẽ esse: potest enim & non creditor *i* constitui. Invitus autem nemo curator esse cogitur; nisi ex magna necessitate & auctoritate imperatoris *k* creetur. Curatori constituto datur potestas res custodiendi ut suas; ea, quæ morâ deteriora futura sunt, vendendi; æs alienum dissolvendi; pecuniam in eam rem conficiendi; actiones utiles exercendi; pecuniam ex distractione rerum redactam inter creditores distribuendi, vel iis solvendi, quibus sub pœna *l* debetur; procuratorem denique ad agendum vel defendendum *m* constituendi. E contrario curator quoque ex sua administratione tenetur non tantum creditoribus, sed etiam debitori: & si plures sint, singuli in solidum & agere possunt, & conveniri.

e Sæpe n. res urges, ut quædã alienentur ex bonis, ne vel illa vel alia pereant: multa etiam res, quæ tempore corrumpuntur: imminet præterea interdum æs alienum grave, quod ex pœna crescat. Inique utile sæpe est agẽ nomine debitoris, ne actio tẽpore pereat.

f Vid. l. 23. §. 1. 2. 3. de her. inst. l. 7. §. 10. quib. ex ca. in poss. l. 14. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. & 2. hoc tit. attigẽ hanc materiã etiam lib. 1 C. 15. add. Gail. 2. obs. 130.

g Quippe quorum id fieri interest. l. 2. pr. hoc tit.

h *Asin. tamen de exsecut. §. 3. 103. & seq. contendit etiam ultro dari posse parte non petente.* i *Quamvis ferè unus è creditoribus constitui solat. l. 8. & seq. l. 7. §. 10. quib. ex ca. in poss. possunt & plures constitui, si negotia sint diffusa. l. 2. §. 2. & ult. hoc tit.* k *d. l. 2. §. 3. nam etsi hoc munus personale, non tamen publicum. l 1. §. ult. de mun. & hon.* l *Vide locos quos citavimus lit F.* m *l. neque. C. de proc. qui de rato & judicatum solvi nomine ipsius caveat. l. 2. §. 1. hoc tit.* n *Nisi per regiones certas fuerint constituti. d. l. 2. §. 2. & ult l. 3. eod.*

CAP. VI.

Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

QUia verò consilium prætoris, quo creditoribus prospexit, ut in possessionem missi suum consequantur, à debitore distractionem bonorum metuente fraudulentâ rerum alienatione interverti potest; alio edicto creditoribus consultum ivit, proposita actione, quæ Pauliana ab auctore dicta est, qua ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *o* revocentur: quanquam etiam bonis nondum possessis non minus eadem *p* actio tribuitur. In hujus edicti explicatione hæc capita observanda; quæ quibus conditionibus revocentur; earum rerum nomine quæ quibus adversus quos actio, ad quid, & quamdiu detur. Primum quodcunque fraudis causa factum est, qualecunque id fuerit, revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, servitutem non utendo amiserit, sive pacto creditorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit. Sed etsi pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, sive pecuniam numeravit, aut uni ex creditoribus solvit, palam est edictum locum *q* habere. Planè, qui cum possit aliquid acquirere, non id egit, ut acquireret, veluti si hereditatem aut legatum sibi delatum repudiarit, is ad hoc edictum *r* non pertinet. Conditiones,

o §. 6. Inst. de act. tit. ff. quæ in fraud. cred. tit. C. de revo. his quæ in fraud. cred.

p l. 15. l. 17. §. 1. hoc tit. & probatur satis generalitate edicti. Don. ad d. §. 6. n. 9. Bachov. in Trent. vol. 2. disp. 24. th. 5. diss. Giphan. in d. §. 6. Contra A. Fab. 20. conj. 14. contendit, si bona ante possessa sunt, alienationē ipso jure non valere, nec opus esse hac actione, ut & Gothofr. ad l. 9. hoc tit. contra expressos textus in l. 6. §. 7. l. 10. §. 16. eod.

q Hac in l. 1. §. ult. & 4. ll. seqq. l. 10. §. 12. 14. 16. l. 17. §. ult. l. 18. ... 23. l. ult. pr. l. 6. §. 7. l. 22. eod. Solutum uni ex creditoribus quando & quatenus ab aliis potiori vel a qua. i jure nitentibus revocari possit, & de sententia ll. eò pertinentium vid. Pet. Fab. ad l. 78. de R. I. A. Fab. 20. conj. 14. Gail 1 obs. 25. n. 14. & seqq.

r l. 6 pr. & 5. §§. seqq. hoc tit. l. 134. de R. I. Pet. Fab. ad d. l. 78. nec suus heres se abstinens. l. 3. C. eod. nec prætermissus aut exheredatus, ut queratur de inofficioso, aut agat ad supplementum legitimæ. arg. l. 1. § 8. si quid in fraud. patr. An ad legitimam petendam filius compelli possit dubitatum: sed verius est non posse. arg. d. l. 6. §. 2. l. 19. hoc tit. d. l. 18. vid. Io. Gutier. in repet. C. quamvis. 2. de pact. in 6. n. 34.

sine

ſine quibus edicto non eſt locus, ſunt quatuor: in debitore alienante conſilium *s* fraudis, & *t* eventus; in accipiente conſilii fraudulenti *u* conſcientia; in rebus alienatis, ut ſint ex bonis, de quibus *x* agitur. Primò igitur ſi abſit animus fraudandi, aut ſi ſit quidem, ſed eventum fraus non habuerit, puta ſi creditores nihilominus ſuum conſequantur, aut ipſi alienationi *y* conſenſerint, ceſſat revocatio. Is, qui accipit, fraudis particeps eſſe intelligitur, ſi ſcit debitorem non eſſe ſolvendo & in fraudem creditorum alienare, aut ſi obnunciante creditore, ne emeret, nihilominus *z* comparavit. Ex eo autem ſolo fraudis particeps eſſe nemo videtur, quod eum, quicum contraxit, creditores habere *a* ſcivit. Interdum tamen etſi animum fraudandi accipiens non habuerit, actio in factum competit. Id duabus in cauſis receptum: una eſt, ſi is, qui accepit, pupillus *b* ſit; altera, ſi donationis cauſa quid fuerit *c* alienatum. Verum hi hactenus tantum tenentur, quatenus *d* locupletiores facti ſunt. Si fraudator heredem habuit, & heredis bona venierint, non eſt in bonis, quibus de agitur, & ideo ceſſat revocatio. Cæterum ſi herede in integrum reſtituto bona defuncti veneant, dicendum eſt actionem utilem *e* competere.

Datur hæc actio curatori bonorum, aut ſi nullus eſt curator, iis, ad quos res pertinet, nempe creditoribus eorumque *f* heredibus. Datur adverſus eos, quibuſcum res geſta eſt, aut ad quos res pervenit, ſi fraudem non *g* ignoraverint. Si ad plures fraudis participes res

s Quibus argumentis hîc fraus convincatur, docet Schneid. in d. §. 6. Inſt. de act. n. 70. & ſeqq.

t l. 10. §. 1. l. 15. eod. Cum a. hic eventus probetur aliorum bonorum debitoris excuſſione, videri poteſt creditoribus hypothecariis hac actione non ſuccurri, quæ ſententia Ant. Fab. 20. conj. 16. & Trentac. 2. pr. reſ. tit. de except. reſ. 4. ſed contraria ſententia magis placet, quę Myns. in d. §. 6. n. 37. Schneid. n. 27. Vult. n. 49.

u l. 1. pr. l. 10. §. 3. & 5. l. 6. §. 8. hoc tit. Schneid. d. loc. n. 37.

x d. l. 10. pr. & §. ſi fraudatur. o. hoc tit.

y d. l. 6. §. præterea. 9. unde ratio petenda ad §. 10. d. l. 10.

z l. 1. d. l. 10. §. 3. & 5. l. 6. §. 8. eod. adde Schneid. ad d. §. 6. n. 37. & ſeqq.

a d. l. 10. §. 5. cujus rei ratio eſt, quod vix quiſquam negotiator careat creditoribus, & ſæpe de ſuis & alienis facultatibus amplius, quam in his eſt, homines ſperent. l. 10. qui & à quib. Old. cl. 6. act. 1. in pract. n. 4.

b d. l. 6. §. ſi quid. & ibi ratio. hoc tit. ſi tutor conſcius, datur actio, quatenus quid pervenit. Confer. P. Fab. ad l. 78. de R. I.

c d. l. 6. §. ſimili modo. 11. l. pen. hoc tit.

d dd. ll. & l. 17. §. 1. eod. Schneid. in d. §. 6. n. 46. Si dos data fuerit in fraudem creditorum, ſcientia mariti requiritur, non uxoris. l. ult. §. 1. eod. Trentac. 2. pr. reſ. tit. de exc. reſ. 4. n. 8.

e d. l. 10. §. ſi fraudator 9. & §. ſeq. eod.

f l. 1. pr. l. 10. in fin. l. 12. eod. adde hic Schneid. in d. §. 6. n. 28.

g d. l. 10. pr. & §. 2. l. ult. §. 3. nam ſi ignoraverunt, non datur. l. 9. eod.

pervenit, *h* omnes tenentur. Datur & adversus ipsum fraudatorem, in quo non tam emolumentum actionis prætor intuetur, quam *i* pœnam. Adversus heredes autem non datur, ultra quam ad eos *k* pervenit. Datur in id, ut quod amissum est, restituatur, dominia *l* revocentur, actiones restaurentur, perinde ac si res alienata non fuisset, nulla liberatio intercessisset, ut fructus, qui tempore alienationis terræ cohærebant, restituantur, denique ut post inchoatum judicium omnis causa accessioque *m* præstetur. Datur intra annum, quo primum experiundi potestas est, qui annus ex die bonorum venditionis *n* computatur: post annum de eo, quod pervenit, competit. *o*

h d. l. ult. §. 2. eod.

i d. l. ult. §. ult. add. Old. class. 6. act. 1. n. 6. Schneid. ad d. §. 6. n. 28. ubi contendit fraudatorem cedendo bonis carcerē non effugere.

k Sed hoc saltem ius extorquendum, ne lucrum sentiant ex dolo defuncti. l. 10. in fin. & l. seq. eod.

l Adeoq́; non refuso pretio, nisi nummi extent in bonis debitoris. l. 7. & 8. eod. *m Vide de his omnibus. l. 19. l. 14. l. 10. §. 14. 19. & seqq. l. 17. pr. l. ult. §. 4. eod. Pet. Fab. ad l. 78. de R. I.* *n d. l. 10. §. annus. 16. atq́; ita expenenda l. 6. §. ult. eod.* *o d. l. 10. §. pen. adde Schneid. in d. §. 6. Inst. de act. n. 81.*

CAP. VII.

De litis contestatione.

INitia procursusque judicii patefecimus; persequamur reliqua. Si is, qui in jus vocatus est, cedendum putet, & ultro in jure fateatur, debere se, quod petitur, lis sublata est: ut proinde hîc cessent partes judicis, solæ relinquantur magistratus eædem, quæ esse solent adversus condemnatos: qua de re postea, cognito rerum judicatarum jure oportunius differetur. Si negat, quod intenditur, & contendere cum actore paratus est † negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda litis contestatio dicitur. Hanc litem aut ipse magistratus aditus dirimet, aut ei dirimendæ alium judicem dabit: ut deinceps hoc solum quærendum sit, quodnam lite contestata sit

† Recte Vigel. de lit. cont. C. 1. & Obrec. h. eod. tit. C. 2. n. 16. & seqq. docent, per confessionem rei nunquam induci posse litis contestationem. & non nisi negativè ex parte rei eam fieri. per l. 14. §. 1. C. de jud. quod & ipsa ratio aperte dictat, cum lis esse non possit, nisi unus assumet, alter neget, ubi talis non est, ibi nec litis contestatio fingi potest diss. Sich. in rub. C. h. tit.

offi-

officium judicis: quod & mox faciemus. Sunt enim quædam, quæ nos remorantur, spectanda tum ad ordinem judicii, tum ad cautionem litigatorum, quorum antè monendi sumus. Sciendum igitur est, ad litem contestandam non omnem intentionem actoris aut depulsionem rei idoneam haberi: sed in eo, uti & in facto magistratus, quædam jure veteri necessariò observanda fuisse, quædam etiam hodie cavere litigatoribus esse utile. Antiquitus certæ actionum defensionumque *p* formulæ à jure consultis erant compositæ, quas necesse erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconsultis à litigatoribus pronunciari, quibus qui vel syllaba deerrasset causâ cadebat. Negotio autem solemniter exposito, in id, quod intendebatur respondebaturque, testes ultrò citroque adhibebant, unde litis *q* contestationis nomen. A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus postulantibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, siquidem ipse prætor rem suæ cognitioni reservaret; Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium est, quo Titius condemnetur. Quod si alium judicem prætor daret, quod pro juris dicundi potestate & facere poterat, & plerumque faciebat, pro his verbis, judicium est, dicebat verbi causa, Aquilius judex esto, & Titium condemnato. Reddebatur autem judicium eodem *r* tempore, quo lis contestabatur, nec antè contestatio pro justa habebatur, quam judicio esset *s* inclusa. Hæc autem monuisse vel eò conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, constituebat, ita litigatores judicium accipere, subire,

p l.2.§.6.de or. jur. Consule P. Fab. 1. semest. 21. Ravard. de auct. prud. C. 2. Obrecht. de concipiend. libell C. 8. n. 20. & seqq. more nostro etiam solemnes conclusionum formulæ usurpantur, prout non nullas earum conceptas habes apud Menul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. C. 2.

q Teste Festo in verbo Contestari. adde Cujac. 9. obs. 21. Pet. Fab. 2. semestr. 24. Rav pro trib. 11.

r Hinc factum, ut hæc in usu juris eidem exprimant, post litem contestatam, & post judicium acceptum.

s Dato n. judice & judicio ordinato, utraque pars sibi invicem denunciabat, ut ad judicem datum veniret, & ad eos qui tribunal adsistebant, hæc verba pronunciabat, testes estote &c. ut ex Ascon. refert Rav. d loc. apud prætorem igitur contestatio fiebat, cum lite demum contestata officium judicis inciperet. l. si reus. 73. & similib. de proc. Obrecht. tract. de lit. contest. C. 4. n. 2.

suscipere *t* dicebantur, cum potestatem causæ suæ agendæ à prætore impetrassent. Sed hæ formularum angustiæ una cum impetrationibus actionum pridem *u* sublatæ sunt, ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat, dummodò verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus: & sola maneat litis *x* contestatio, quæ cedat pro judicio dato & constituto, cum judex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur. *y*

Ad cautionem & utilitatem litigatorum spectat, ut defensiones suas initio litis contestentur. Sed hoc non est perpetuum. Interest, utrum reus ipso jure defendatur, an per *z* exceptionem duntaxat. Qui ipso jure non tenetur, puta si aut nulla præcesserit obligatio, aut quæ prius fuerat, jure sublata sit, huic sufficit initio dicere se non teneri, & causam, cur non teneatur, quandoque ante sententiam *a* allegare. Quod si exceptionem tantum reus habeat, ea non proderit reo ad liberationem, nisi judicio fuerit inclusa. Includitur autem judicio aliter in strictis, aliter in bonæfidei judiciis. In strictis ut in judicium deducatur, initio litis contestanda est. Non auditur igitur reus, si omissam initio, postea, quamvis ante rem judicatam velit *b* opponere. In judiciis bonæfidei verba ipsa judicii dati exceptionem tacitè *c* includunt, ut perinde hîc libe-

t l. 2. §. 3. l. 3. l. sed et si. 52. de jud. Cic. in partit. ex quo est, quod judicio dicitur contrahi. l. 3. §. idem scribit. de pecul. *u Tit. C. de form. & imp. act. subl.* *testationis quoque necessitatem sublatam esse facile intelligi poteit ex l. un. C. h. t.* *x Prima judicii pars, si eam vocem propriè accipias. Gail. 1. obs. 74. vid. sup. C. 1. quæ omissa processum vitiat. DD. passim excepto, si causa talis, ut litis contestationem non requirat, cujus generis nonnullæ recensentur à DD. Mynf. 1. obs. 1. & 3. obs. 74. Gail. 1. obs. 76. & 2. seqq. Obrecht. d. tr. C. 4. n. 26. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit 6. C. 2.* *y d. l. un. C. hoc tit. quæ cum sit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem contestationem in usu non fuisse. Quid sit litis contestatio, convenienter nostro stilo definit gloss. in C. un. X. hoc tit. Merul. d. loc. C. 1. Effecta litis contestationis summatim collegit, Gail. d. loc. n. 4. & seqq. Obrecht. d. tr. C. ult. Merul. d. loc. C 5.* *z Notavi sup. lib. 3. simplicem facti inficiationem exceptionem non esse, de quo ferè convenit, teste Covar. in C. possessor mal. fid. p. 1. rel. pr. n. 5. Ac nec eam quidem defensionem, exceptionem nostris dici, quæ actionem ipso jure sublatam arguit: quamvis à DD. vulgo exceptio vocetur, sed facti seu intentionis.* *a & probare. l. 1. C. de probat. alioqui quomodo judex jura nostra intelliget, nisi allegemus!* *b Text. in l. 9. C de præsc. long. temp. l. 8. & seq. C. de exc. quæ & mens Pauli in l. 27. §. 2. de pact. in verb. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Don. in l. 5. C. de pact. n. 6. Covar. 2. misc. ib. n. 12.* *c l. 3. de resc. vend. nisi tamen quandoque allegetur, prodesse non poterit, cum & solutio ipsa allegenda, uti diximus. facit. l. 38. & l. ult. de her. pet. repete C. 51. lib. 3.*

retur

retur reus, ac ſi ipſo jure non deberet. Quæ de exceptione dicta ſunt, eadem & ad replicationes cæteraſque defenſiones pertinent.

CAP. VIII.

Conſtituto judicio quæ ſint partes judicis: & in his, quæ ad religioſè judicandum pertinent. tum de prohibita ſequeſtratione pecuniæ.

Conſtituto judicio, quod hodiè fieri per litis conteſtationem diximus, ſtatim res ſubjicitur cognitioni judicis: de cujus officio porrò videndum. Ea, quæ judici pro officio imponuntur, partim per ſe ad judicandum ſunt neceſſaria, partim ad religioſè judicandum utilia. De his converſo ordine, prout in judicio agenda ſunt, dicemus. Poſterioris igitur generis ſunt hæc duo; unum, ut judex non aliter de cauſa cognoſcat & judicet, niſi ſacroſanctis Scripturis ante ſedem judicialem poſitis, quò præſentem recordetur eum judicem, à quo ipſe aliquando *d* judicabitur: alterum, ut initio litis & ſe & litigatores eorumque advocatos certâ jurisjurandi religione obſtringat: ſe quidem, ut juret, omnia ſe ex vero & legibus *e* judicaturum: litigatores, ut actor juret, ſe non calumniæ causâ litem intendere; reus, ſe non calumniæ causâ ad inficias *f* ire; pariter ambo, nihil ſe malitioſè in poſterum *g* molituros: utriuſque partis patronos, ut in ipſa litis conteſtatione tactis ſacro ſanctis Evangeliis jurent, ſe integro animo defenſionem clientis ſui ſuſcipere, nec falſi patrocinii ſibi conſcios eſſe, nul-

d l.14. pr. verſ. & generaliter. C. de jud. No. 90. C. ult. in fin. qui ritus in deſuetudinem abiit: ſed in uſum revocari oportere ſcribit Sichard. ad l.2. pr. C. de jur. propt. cal. n.1.

e d.l.14. pr. Olim in ſingulas cauſas judices ſacramenti religione obſtringebantur. Hodie verò unicum tantum jusjurandum dant in ingreſſu muneris, quod in cauſis ſingulis pro repetito habetur. arg. auth. hoc ſacramentum. C. de jur. propt. cal. VVeſ. ad tit. C. de ord. jud. n.5.

f l. 2. in fin. pr. C. de jur. propt. cal. §. 1. Inſt. de pœn. tem. lit. d. No. 90. C. ult. Plura de juramento calumniæ (quod more noſtri fori non præciſè exigitur) vide apud Gail. 1. obſ. 63. & 6. ſeqq. Damhoud. prax. civ. C. 151. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8. an reus criminis alicujus teneatur jurare de calumnia, vid. Clar. pract. crim. §. fin. q. 45. n. 9. Gomeſ. var. reſ. 3. C. 13. n. 5. & in not. d. loc. Eman. Soarez.

g Quod cantum propter rationes & inſtrumenta, quæ eds poſtulantur. d. No. 9. C. ult. pr. Damhoud. d. loc. n. 10.

lam se operam nullumque studium in clientis sui causa intermissuros; denique si quid malitiosè aut improbè fingi in ea postea deprehenderint, eius se patrocinium *h* omissuros. Hæc omnia, quo iudicium rectè & religiose peragatur. Quæ eodem pertinentia apud nos constituta sunt, hodieque servantur, satis cuique sunt *i* obvia.

Per se & propriè ad iudicandum pertinent hæc tria; primum, ut pendente lite iudex nihil innovet: secundum, ut causam diligenter cognoscat: tertium, ut causâ cognitâ sententiam ferat. Primum, quod iudici iniungitur, est, ut pendente lite nihil in ea re, de qua lis est, innovet, sed integra utriusque partis iura *k* custodiat. Hinc de sequestratione rei controversæ quæsitum, an non saltem iudex pecuniam petitam sequestro poni iubere posit. Repetamus rem paulò altius. Sequester dicitur, apud quem vel litigatores, vel iudex rem, de qua controversia est, deposuerunt ea lege, ut ei, qui vicisset, redderetur. Hinc apparet duo esse genera sequestrationis; unam voluntariam, cum res litigiosa voluntate duorum aut plurium litigantium eâ, quâ diximus, lege apud aliquem *l* deponitur: alteram, cum idem fit à solo iudice alterâ parte etiam *m* invitâ. Prior non est huius loci: sola posterior ad officium iudicis, de quo nunc agimus, pertinet. Quæritur ergo, an iudex postulante actore, interim dum lis pendet, rem controversam sequestro collocare possit, quo ea victori post sententiam reddatur. Et de eo ita *n* cautum: Quotiens ex contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Hæc definitio tria complectitur; prohibitionem sequestrationis; causas, in quibus; & res, qua-

h d.l.2.pr.C. de jur. propt. cal. l. 14. §. 1. de jud. Cæterum more nostro advocati non in singulis causis jusjurandum præstãt, sed cum designantur in universum juratè promittunt, quæ iusiurandi in hoc concepti formulâ continetur, quod tamen cotannis statis tẽporibus renovant. vide art. 71. Instr. Cur. Holl.

i Adi Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 11. ordinat. Cam. Imperial. p. 1. tit. 62. & 64.

k X. ut lite pend. nih. innovet. arg. l. un. nih. innov. app. pend. Nantizatio seu consignatio pecuniæ petitæ, quæ ex causa hodie decernitur, non juris est, sed consuetudinis. Damh. prax. civ. C. 7. n. 2. de attentatis lit. pendente fusè Lancell. p. 2. C. 4.

l l. 6. depos. l. sequester. 110. de V. S & ibi Goed. n. 2. & de sequestr. C. 1. n. 79.

m l. 7. §. ult. qui satisd. cog. l. un. C hoc tit. de proh. seq. pec. C. 1. X. de sequestr. poss. Clem. un. eod. Huic sequestrationi affinis est arrestatio, seu manus iniectio, quæ tam rebus, quam personis convenit extat de arrestis tractat. Gail. & Peckii de jur. sistend. & man. iniectione. quos adi.

n In d. l. un. C. de proh. sequestr. pecun.

rum ſequeſtratio prohibetur. Quod ad primum attinet, vetatur judex reo neceſsitatem imponere pecuniæ petitæ ſequeſtrandæ. unde ſatis intelligitur, non prohiberi ſequeſtrationem inter volentes. Duo reliqua ex ratione prohibitionis ſumenda. Ratio prohibitionis hæc eſt: quia oportet debitorem primò convinci, convictum deinde & condemnatum remediis juris ad ſolutionem urgeri: quam rem non ſolum juris *o* ratio, ſed & ipſa *p* æquitas perſuadet. Hæc ratio atque hæc æquitas ad omnes debitores ex æquo pertinet: proinde ſive ex contractu agatur, de quo definitio concepta eſt, ſive ex alia debiti *q* cauſa, non eſt cogendus debitor pecuniam, quæ petitur, ſequeſtrare. Ex hac ipſa ratione ſimul intelligitur, quid pecuniæ appellatione contineatur, nimirum non pecunia numerata tantum, ſed etiam quævis alia res, ſive ea mobilis ſit, ſive *r* ſoli.

Cæterum hoc jus in actionibus in perſonam conſtitutum eſt duntaxat. In actionibus verò in rem interdum rei petitæ, interdum fructuum ſequeſtratio admittitur. In his autem refert in re petita, utrum res immobilis, an mobilis petatur. Res immobilis nunquam *s* ſequeſtratur: at rei mobilis ſequeſtratio tribus in cauſis recepta. Primum in cauſa liberali, de qua dum cognoſcitur, placet ſervi, qui in libertatem proclamat, peculium omne ſequeſtro *t* committi. Secundò ſi perſona poſſeſſoris ſuſpecta ſit, nec *u* ſatiſdet. Tertiò ſi debitor jam condemnatus ab executione *x* appellet. Fructuum etiam rei immobilis ſequeſtratio tribus itidem de cauſis admiſſa: ſi fructus rei populitentur, id eſt, diſſipentur à *y* poſſeſſore: ſi poſſeſſor condemnatus ab exe-

o Nempe ordo judiciorũ, qui præſcribitur, in l. negantes. C. de obl. & act. l. 1. C. de exec. rei jud.

p Tum quia nondum conſtat, utrum affirmatio actoris vera ſit, ut iniquũ ſit propter eã quid in jure debitoris minui: tum quia in pari cauſa, reus potior, per vulgata.

q Ad hæc quoties lege aliquid conſtituitur de eo, quod ex contractu eſt, toties omnis obligatio, quæ etiam ex aliis cauſis naſcitur, pro contractu habetur. l. 20. de jud.

r l. pecuniæ. 178. pr. de V. S. Don. in rubr. C. hoc tit. n. 4.

s Quia periculum non eſt, ne eam debitor auferat. *t l. un. §. 1. C. de aſſert. toll. nam cum uterque hîc petitor ſit, neuter debet frui commodo poſſeſſionis.* *u l. 7. §. ult. qui ſatiſd. cog. l. 16. in fin. de off. praeſ. Deſuga a. ſuſpectus videtur, qui non poſſidet immobilia. arg. l. 15. qui ſatiſd. cog. Damh. prax. civ. C. 72 n. 7.* *x Ne ſc. debitor malitioſè hac appellatione abutatur ad rem retinendam l. 5. C. quor. appell. non rec.* *y l. 21. §. ult. de appell. C. 3. X. de ſequeſtr. poſſ. & fruct.*

cutione

cutione z appellet: si colonus, qui antè agrum possidebat, ut colonus, postea cœpit possidere, ut *a* dominus. Jure canonico etiam possessionis sequestratio recepta, ut in interdicto uti possidetis. *b*

z d. l. 5. C. quor. appell. non rec. C. 2. & 3. X. hoc tit.

a l. litibus. 20. C. de agricol. & censit. lib. 11.

b C. examinatam. 15. de judic. C. 7. de confirmat. util. vel inut. adeant studiosi Gœd. in hunc tit. Decretal. Gail. 1. obs. 147. & seq. Mynſ. 1. obs. 11. & 5. obs. 35. Damhoud. prax. civ. C. 72.

CAP. IX.

De causæ cognitione.

PRæcipuè verò ad officium judicis spectant, & comminus id contingunt, causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio ordine naturæ præcedit, & actionis judiciariæ tertia pars est. Ea quid sit, & quibus rebus constet, videamus. Causam cognoscere, est rem, quæ in judicio versatur, disceptare ac discutere, examinareque, verumne sit, an falsum, quod dicitur, æquum an iniquum, quod *c* petitur. Cognoscitur autem causa ex iis, quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi, inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur, neque id perfunctoriè aut summatim, ut fit aliquando, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contrà affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere *d* solet: Verum ut in vero & justo judicio, adhibitâ plenâ & justâ inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio & cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat *e* cognoscatque intra tempora ad agendum constituta. In eo hunc serva-

c Causa cognitio, quæ & disquisitio, examen, ac disceptatio, in duabus rebus consistit, ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiã quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus. l. 3. de in ins. vest.

d Exempl. in l. 3. §. causa. de Carb. ed. add. Don. ad l. 15. §. 4. de re jud. De causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis consule Vestrium pract. aulæ Rom. lib. 5. C. 1. & seqq. Damhoud prax. civ. C. 22. & 2. seqq. Mynſ. 3. obs. 70. & 6. obs. 16.

e l. 9. C. de jud. ubi Sichard. Hic statum controversiæ pervestigare, & si plures incidant, primarium in primis judicis & artis est.

bit

bit ordinem. Primum actorem ejusve patronos audiet; cujus intentio si negabitur, instrumenta, si qua ab eo proferentur, inspiciet, testimonia cognoscet. Hoc facto, reo respondendi & pro se dicendi dabit locum, eique eorum, quæ ab actore objecta sunt & probata, copiam fieri curabit, datâ potestate impugnandi, quæ videbitur. Hinc iterum ad actorem se convertet, eique vicissim, si quid contra intentionem ejus à reo allegabitur, præstari *f* jubebit. Denique utrumque pro se dicentem eousque audiet, donec ambo interrogati respondeant, se nihil amplius adjicere velle. *g*

Cæterum plena cognitio non eo minus habenda est, etsi judex aliquando allegationem alterius è litigatoribus non admiserit. Nam jubetur quidem judex rei qualitatem discutere, omniáque, quæ afferuntur, expendere: iis tamen conditionibus, quæ superiore definitione continentur, si rei se habere quid dicant, quod & afferant, si id natura judicii admittat, si potestate dicendi factâ, eâ utantur intra tempora præstituta. Fac ergo reum initio dicere, se inficiatione sola aut confutatione sua contentum esse: non est, quod expectet judex, cui ille renunciavit. Sed neque omne judicium omnes defensiones semper admittit: nam strictorum judiciorum eam esse naturam *h* supra ostendimus ut exceptiones initio litis non contestatas repudient. Postremò & tempus constitui oportet, intra quod audiantur, quoque elapso non sit amplius dicendi locus. Id una in re certum, cum altero allegationibus suis renunciante, alter lite jam propè confecta dicit, se habere, quod adjiciat: quam ad rem unus ei mensis indulgetur, eoque exacto alter, deinde & tertius sine ulla causæ

f Qui se forè parant, adhibeant Damhoud. prax. civ. C. 152. & 2. seqq. Gail. 1. obs. 79. & 3. seqq. Mynſ. 1. obs. 86. 2. obs. 55. & 90. & 5. obs. 54. & 6. obs. 81. 89. 92. ubi tractant de usu positionũ & articulorum, quem jure Ro. ignotũ introduxit consuetudo.

g Arg. d. l. 9. C. de jud. ubi a. utrinque probationibus & allegationibus renunciatum est, conclusum in causa dicitur. C. pastoralis. 5. de ca. poss. & propt. nec postea novæ probationes admittuntur. Inspice Damh. prax. civ. 191 Gail. 1. obs. 107. Mynſ. 3. obs. 17. Hodie certus allegationibus modus statutus ut notavi. C. ult. lib. 3.

h C. 7. hujus libri. item cap. 51. lib. 3. ubi & quid ex communi sententia obtineat, indicavimus.

icogni-

i cognitione. Quod quâ ratione constitutum sit, parum *k* liquet. In cæteris res committitur moderationi judicis, ut is causâ cognitâ pro conditioni rei dilationem det vel deneget, qua de re cap. seq.

i Nov. 115. c. 2. unde auth. jubemus. C. de jud. convenit auth. qui semel [illegible] quom. & quand. jud.

k Declarat tamen Iustinian. se illud constituere improbitatis litigatoris pervincendæ causâ, & simul hoc velle, ut tribus illis mensibus exactis judex omnimodò sententiam ferat. add. Sichard. in d. auth. jubemus. n. 1.

CAP. X.

De dilationibus, & feriis.

IGitur prout res quæque postulare videbitur, ita judex causâ *l* cognitâ ad rem gerendam aut dabit aut denegabit dilationem. In eo hæc ferè sunt, quæ de officio judicis quærantur; quando postulanti dilatio danda; quanta; an sæpius; quo loco; qui dies in dilatione numerentur. Principio hoc statuatur, non esse dandam dilationem, nisi cum ad rem gerendam necessaria est. Quid enim si quis interrogetur de facto aut contractu suo? At finge nos interrogari de facto alienò, aut probatione opus esse in nostro, hîc ut rei gerendæ necessitas dilationem flagitat, ita planè semper dabitur, nisi nominatim jus vetet dari. Vetat autem duabus in causis: una est, si quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportavit, & ad suum vocatus, dilationem ad id proferendum *m* petat: altera, si actor prope finem temporis, quod actioni lege præstitutum est, ultra id tempus dilationem postulet: sibi enim imputare debet, quod litem non antè intulerit. Defensori verò, per quem non stat, quo minus lite pulsetur, dilationis suffragium non est *n* denegandum. Ut autem necessitas rei gerendæ dilationem ab initio introducit, ita & modum ei facit. Nempe ergo nihil amplius ei dabitur, quam ad negotium transigendum opus esse judex æstimabit. Ubi autem locorum distantia dilationem inducit, certum spacium, quod judici excedere

l L. 7. ff. hoc tit. de feriis & dilationib. l. 1. l. 4. C. eod. de dilat. In hac causæ cognitione quid judici considerãdum Sich. in d. l. 1. n. 7. & 12.

m Illi verò qui in judicium vocantur, danda est ad improbanda precum mẽdacia &c. l. 2. C. hoc tit. & ibi ratio.

n Ratio differentiæ redditur à Constantino in l. 6. pr. & § 2. C. de temp. in int. rest.

dere *o* non licet, pro varietate locorum conſtitutum eſt. Data autem dilatione quæritur; an alia iterum & ſæpius tribui poſsit. Et placet in cauſis pecuniariis plus quam ſemel dilationem dari *p* non poſſe: in capitalibus autem excepto crimine adulterii, tres reo, accuſatori *q* duas dilationes dari: ſed utrumque cauſâ cognita: ut judex æſtimet, ſemperne ita fieri debeat, an verò cauſa ſit, cur vel in capitalibus plures denegentur, vel in pecuniariis data prorogetur. Equidem tres cauſas reperio, ob quas etiam in pecuniariis dilatio iterum poſtulata indulgeatur; ſi quis caſus *r* obſtitit, quominus negotium intra primam dilationem perageretur; altera, ſi id factum ſit juſta poſtulantis ignorantia, veluti ſi defuncto dilatio data ſit, nam heres juſtam habere cauſam ignorantiæ *s* exiſtimatur: tertia cum juſtus dolor poſtea incidens non patitur nos de rebus noſtris feriò *t* cogitare. Illud omnium cauſarum commune eſt, quod dilationis prorogationem poſtulans non audiatur, ſi per eum ſteterit, quominus conſtituto tempore uteretur. Solum hoc intereſt, quod in capitalibus adverſarius, qui culpam petenti objicit, eam ipſe probare debeat: in pecuniariis verò: ſicut cauſæ iterum poſtulandæ dilationis ab eo, qui poſtulat, afferri debent, ita & *u* probari. Quo loco danda ſit dilatio jam ſuâ ſponte intelligitur: nam ſi non datur niſi causâ cognitâ, conſequens eſt, pro tribunali duntaxat eam rectè dari: quod & diſertè *x* conſtitutum eſt. Proinde apertè contra jus facit judex, ſi alibi, quam pro tribunali dilationem dederit vel denegaverit: poteritque qui alibi datam contemſit, aliam pro tribunali petere, & cui denegata eſt, cauſam impunè non exequi: & ſi judex nihilominus poſtea ſenten-

o d. l. 1. & hoc tit. Non dubito a quin brevius ſtatui poſsit pro loci propinquitate. Quid n. ſi ex eadem urbe teſtes aut inſtrumenta petantur? Quid ſi ex eadem quidem provincia, ſed ex loco ſinngimo.

p l. 7. & l. ult. hoc tit. niſi urgentiſsimâ ratione flagitante. l. 1. in fin. C. eod. Quod pragmaticis paradoxon videri poteſt. Hinc tamen tradunt, dilationem probatoriam omnem peremtoriam eſſe. Gail. 1. obſ. 91. n. 2.

q d. l. ult. hoc tit. junct. l. in crimine. 40. ad leg. Iul. de adult.

r Puta ſi proficiſcentem ad teſtes quærendos, vel inſtrumēta valetudo vel vis impedivit perſ. 2. § 3. ſi quis caut. l. 6. §. ult. l. 7. pr. de edend. in quo numero & caſus. l. 36 de jud.

s d. l. 7. hoc tit. junct. l. qui in alterius. 42. de R. I.

t Veluti ſi litigator filium, uxorem, parentem &c. amiſit. d l. 36. de judic. Idem dici poteſt, ſi quis horum in graviorem morbum inciderit, cuius curationem negligere periculoſum.

u Iuxta regulam iuris. l. 2. de probationib.

x l. 4. C. hoc tit. facit. l. 3. §. pen. de bon. poſſ. l. ubicunque. 105. de R. I.

tiam dixerit, ea tanquam causâ non cognitâ lata, nullius momenti habebitur. Non æquè autem expeditum eſt, quo remedio litigatoribus conſulatur, ſi judex pro tribunali quidem, ſed injuſtè dilationem denegaverit. Equidem non video, quo pacto ante ſententiam hæc injuria vitari poſſit. Dicendum ergo eſt expectandam eſſe ſententiam, eamque aut appellatione corrigendam, aut agendum *y* actione in factum, proditâ adverſus judicem, qui malè judicavit. At quid ſi dederit, ubi opus non eſt, aut juſto largiorem; & ſi quidem damnum aliquod propter dilationem ſenſerit adverſarius, eadem hîc remedia: ſi tempus ad judicia exercenda idcirco exierit, pœna nominatim *z* conſtituta eſt. Supereſt, ut dilatione datâ videamus, qui dies in ea numerentur, nequa fortè dubitatio ſit propter ferias. De eo igitur ſic breviter conſtitutum eſt, feriæ ſive repentinæ ſint, ſive ſolemnes, dilationum temporibus non excipiantur, ſed his connumerentur. *a*

Feriis magna eſt cum dilationibus cognatio. ea res nos facilè excuſabit, quod hoc *b* loco, tametſi alioqui minus idoneo, de feriis diſputemus. Feriæ *c* dicuntur dies, qui publicam vel à negotiis omnibus, vel à litigando & judiciis remiſſionem habent. quas condere hodie nulli, præter *d* principem, licet. Earum duo genera. quædam enim ſacræ ſunt & cultui divino dicatæ: quædam profanæ & ad hominum utilitatem inſtitutæ: earumque omnium quædam extraordinariæ ſunt & temporales; quædam ſolemnes & perpetuæ. Illæ nullo certo jure continentur, ſed

y Arg. l. ult. de extr. cogn. z l. properandum. § fin. a. utraque. C. de jud. Plura de hac materia juxta jus antiquum Duar. com. ad hunc tit. juxta uſum fori Sich. ad rubr. & ll. C. hoc tit. Damhoud. prax. civ. C. 114. & ſeqq. add Gail. 1. obſ. 91. Mynſ. 1. obſ. 71. & ſeq. Merul. lib. 4. pag. 409. & ſeq. a l. 3. C. hoc tit. confer. Gail. 1. obſ. 140. n. 4. & ſeqq. An a. dies termini; (ſic loquuntur) in ipſo termino continetur? negativam communem & in Camera receptam refert. Mynſ. 5. obſ. 15. Sciendum verò more Rom. diem à media nocte incipere &c. l. 8. hoc tit. ubi vide, quæ notat Goth. b *Quod & in ff. & C. factum eſt: propterea quod feriæ dilationis quædam ſpecies ſunt. l. 7. C. hoc tit. de feriis.* c *Feriæ dictæ à feriendis hoſtiis teſte Feſto lib. 6 Omnes a. dies præter feriatos juridici. d. l. 7. qui & communes l 2. C. de ſtatuis & imag. & judiciarii, item dies ſeſſionum. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poſſ. Olim faſti, quibus oppoſiti nefaſti. Ovid. 1. Faſt. Macrob. 1. Saturn. 16. Turneb. 30. adverſ. 35.* d *l. 4. C. hoc tit. cui non obſtat. l. 4. ff. eod. l. 7. pr. de off. proc. Aliud n. eſt ferias condere: aliud conditas, prout uſus cujuſque regionis fert, aut citius aut tardius indicere. VVeſemb. par. hoc tit. n. 4.*

pro re *e* nata extra ordinem indicuntur: harum tempora certo jure constituta sunt, & sine ulla nova principis constitutione recurrunt. Genera solennium feriarum quatuor. Primum est dierum festorum, qui honori dei dicati *f* sunt. Proximum eorum, qui destinati sunt ad memoriam alicujus facti *g* celebrandam. Tertium est messium & vindemiarum, quo tempore, ut esset otium ad fructus colligendos publica suasit *h* utilitas. Quartum genus est nundinarum, quæ auctoritate *i* principis exercentur, quibus hoc datum, ne intra nundinarum dies eo loco, in quo exercentur, quisquam eorum conveniri possit, qui aliunde in eum locum *k* venerit. Primi & secundi generis hæc conditio, ut quæ ad lites consensu, puta transactione aut pactis, dirimendas faciunt, ea his diebus interposita *l* rata sint, sicut & nonnullæ, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, ut emancipatio, *m* adoptio: reliquæ causæ & lites omninò quiescere *n* debeant, excepto si quid adversus latrones *o* inquiratur. Reliquarum feriarum, quæ ad privatam utilitatem comparatæ sunt, causa dissimilis: nam & valere placet, si quid ex voluntate partium actum judicatumve *p* sit tempore messis aut vindemiarum, & certis in causis etiam adversus invitos agi posse, quod tributum est causis *q* fiscalibus, libertati, cæterisque causis omnibus hac conditione, si res moram non *r* ferat. De nundinis tantundem dixerim. Sanè non omnibus, qui ibi agunt

e Vel ob res prosperè gestas, vel in honorem principis vel ob cladem aut calamitatem publicam. l. 1. l. 4. C. eod. l. 26. §. si serig. quib. ex ca. maj. A Macrobio dicuntur imperativæ. Tales apud nos indictio jejunii & precum. Merul. lib. 4. fol. 209.

f l. 2. l. 7. & ult. C. h. tit. c. ult. X. eod. Festis diebus opponuntur profesti. Macrob. d. loc. quorum significatio latior, quam nefastorum: ut contra strictior festorum, quam feriarum. Qui dies festi apud nos recepti, satis notum. De reliquis quoque feriis anniversariis expressè cautum. vide Merul. d. loc.

g *Exempla in d. l. 7 circa fin d. l. ult. C. hoc tit.* h *l. 1. pr. hoc tit. Hasce ferias rusticas vocant. Damhoud prax. civ. 119. n. 9. VVes. par. hoc tit. n. 3.* i *Aut veterum indulto, id est, longâ consuetudine. l. un. C. de nund. & mercat. rectè a. nundinas inter genera feriarum numeramus, ut & Macrob. d. loc.* k *d. l. un. excluduntur a. ab hac immunitate, qui in ipsis nundinis côtraxerunt. vid Peck. de jur. sistend. C. 10.* l *l. ult. C. hoc tit. add. Gail. 1. obs. 53. n. 10.* m *l. 2. & l. 8. C. eod. non quia hæc voluntariæ jurisdictionis, ut plerique existimant, qui idem statuunt in omnibus ejusdem generis: sed quia beneficii & liberalitatis.* n *Ita ut irritum, quod per eos dies actum, judicatum, quamvis volentibus litigatoribus. d. l. 2. l. ult. C. hoc tit. Marant. p. 4. dist. jud. 16. n. 81. & seqq. Gail. 1. obs. 53. n. 16. Zax. par. hoc tit. n. 6.* o *l. pen. C. hoc tit. ubi ratio DD. nostri plures causas excipiunt, de quo vide Gail. d. loc. n. 13. Scacc. 2. de jud 5.* p *l. 1. § 1 l 6. hoc tit. C. ult X. eod. Gail. d. loc. n. 16. & seqq.* q *Non criminalibus, sed patrimonialibus, ne objet. l. 12 de pub. jud.* r *Vid. l. 5. C. l. 1. §. ult. l. 2. & 3. ff. hoc tit. C. ult X. de jud.*

ubi nundinæ exercentur, datur, ne ibi tempore mercatus conveniantur, sed duntaxat ad nundinas concurrentibus. Sed neque omnium rerum exactio cognitiove eo tempore inhibetur: sed privati tantum debiti. s

CAP. XI.

De transactionibus.

Lite institutâ datisque dilationibus, necesse est ad fidem judici faciendam, ut litigatores probationibus se instruant muniantque, nisi aliâ potius ratione, quam judicio, etiam tum litem decidi consultius arbitrentur. Fieri enim potest, ut cum ad probationes ventum est, quæ suas difficultates, sua incommoda sæpe habent † transactione aut iureiurando litem dirimere malint, quam judicio porrò contendere. Et nobis igitur prius, quam ad probationes accedamus, quo alioqui ipse ordo nos ducit, concessum erit, de transactione & iureiurando, quæ duo sunt, præter iudicium, litis finiendæ genera, differere. Cæterum de transactione dicam brevius, quod neque eius explicatio ad ordinem iudiciorum magnopere pertinet, & usum habet frequentiorem antè, quam ad judicium eatur. Fusius paulò & accuratius de iureiurando, utpote quod & in iudicio plerumque interponitur, & vicem obtinet probationis. Igitur de transactione tria hæc obiter quæremus; quid sit; quam vim habeat; quid à cæteris pactionibus differat.

Transigere, est litem dubiam, quæ vel sit vel in futurum metuatur, consensu terminare, dato aliquo seu promisso, aut retento. Primum docet hæc definitio, non de quovis negotio transigere non posse, sed de re dubia tantum, de qua aut jam lis sit, aut metuatur t futura. Secundo litem inter transigentes terminari u consensu. quibus verbis transactio separatur à re ju-

s *Inspiciatur. d. l. un. C. de nund. & merc.*

† *Sed & ad judicis officium pertinere creditur, quocunque etiam in statu lis sit, concordiam inter partes tẽtare, modo de causa illi non satis liqueat. Hinc usus compositionum coram iudice delegato, voor Commissaris. de qu Merula nutlez lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 7. C. 1.*

t *l. 1. ff. l. 2. C. hoc tit. Hinc transigi nequit de re judicata &c. ut paulò post dicetur.*

u *Hinc consensu terminata pro transactis. l. interpositas. C. hoc tit. hinc placitum transactionis. l. 7. C. eod.*

dicata

dicata & *x* iureiurando, quod etiam ab invito exigitur. Consensu lis finitur dupliciter, pacto & *y* acceptilatione: unde & totidem transigendi modi. Tertiò ex superiore definitione intelligimus, litem finiri certâ conditione, nempe ut litem remittens vicissim quid eo nomine accipiat, sive iam nunc ei detur, sive promittatur: nullo dato vel retento seu promisso transactionem non procedere. *z*

Vis & potestas transactionis eadem fere, quæ cæterarum conventionum: sive enim quæratur, an transactio valeat, placet transactiones bonâ fide interpositas rescindi *a* non posse: sive cum valeat, quæratur, quomodo servetur, nihil planè interest inter transactiones & conventiones cæteras. Nam aut reo transactionem servari volumus, aut actori. Si reo, si quidem ita transactum est, ut petitor, quod petebat, acceptum ferret, ipso jure reus *b* liberabitur: si pacto remisit, exceptio pro communi pactorum lege *c* dabitur. Optimum autem est vel pacto convento vel Aquilianæ stipulationi pœnalem stipulationem adjicere, ut metu pœnæ contra transactionem quandoque non *d* veniatur. Si actori, hic aut accepit quid, aut nihil accepit: si accepit, obstabit repetenti exceptio: si nihil accepit, sed cautum est, ut acciperet, siquidem stipulatione, habebit actionem ex stipulatu, si pacto tantum, ex nudo pacto agere non poterit. Planè si præter conventionem causa subsit, puta si rem aliquam aut liberationem in reum contulit, non est dubitandum, quin præscriptis verbis agere possit. *e*

Distat transactio à cæteris conventionibus, tum quod in eam multa incidunt, quæ justam dubitationem moveant, an semper transactioni standum sit, tum quod pleræque transactiones excipiuntur. De pactis, quæ modò bonâ fide facta sunt, nulla dubita-

x Nam judicium reddstur in invitū. l. inter. 83. §. 1. de V O. & is, cui delatū est iusiurandum, aut jurare cogitur, aut jusiurandum referre. l. manifesta. de jurejur.

y l. 2. ff. hoc tit de quotiem plusicula mox.

z l. 1. ff. l. transactionē. 35. l. transactio. 38. C. eod. Ex quo est, quod decidere veteres usurpant pro transigere: quod apud Cic. est frequētissimum. Hinc item litis decisio pro transactione. l. 8. l. 19. l. 27. C. eod. Don. ad rubr. C. eod. C. 1. n. 9.

a l. 16. l. sive apud. 28. C. eod. secus est, si dolo malo expressa. d. l. 19. aut metu extorta l. 13. C. eod.

b Hæc n. vis acceptilationis in omnibus causis. l. 15. C eod. §. 1. Inst. quib. mod toll. obl.

c l. 17. l. siquidem. 24. l. si major. 36. C. eod. quâ opposita idem tamen assequetur. l. nihil interest. de R. I.

d Consilium Pauli in l. 15. ff. hoc tit. ut rescisso fortè pacto pœna ex stipulatu peti possit.

e Vide l. 6. l. si pro fundo. 33. C. eod. junct. l. 7. §. 2. ff. de pact. Don. ad d. l. 6. n. 7. & seqq. & add. l. 33. n. 4 & seqq.

tio eſt, quin valeant, cum is, qui paciſcitur, nullâ re cogente paciſcatur. In tranſactione contra, cui metus litis & rei incertitudo cauſam præbent, probabiliter dubitari poteſt, ſi rei veritas poſtea detegatur, poſsitne vel reus, quod dedit, repetere, aut promiſſum non dare, vel actor, quod remiſit, de eo amplius agere. Sed huic dubitationi multis *f* reſcriptis occurſum eſt, quorum hæc eſt ſententia; Cauſas ſive lites tranſactionibus legitimis finitas reſuſcitari non oportere, neque id, de quo bonâ fide tranſactum eſt, ſub prætextu inſtrumenti poſt reperti, reſcindi: non enim minorem eſſe tranſactionum auctoritatem, quam *g* rerum judicatarum. Pactio de re qualibet privata ſine fraude interpoſita rata eſt: tranſactionem verò neque res omnis admittit, & cum eam res admittit, interdum propter cauſam improbatur. Tranſactionem non recipiunt; res judicata, quæ nullo remedio attentari *h* poteſt; quod teſtamento relictum eſt, nondum inſpectis & cognitis teſtamenti *i* verbis; alimenta teſtamento aut codicillis relicta, quorum futurorum tranſactio non aliter rata eſt, quam ſi auctore prætore facta ſit, niſi alimentarius cauſam alimentorum meliorem tranſigendo *k* fecerit. Priora duo, ſicut ex ſuperiore definitione intelligi poteſt, natura ſua tranſactionem non *l* patiuntur, poſterioris tranſactio jure ſolo prohibita. Porrò neque de criminibus publicis, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere licet citra falſi accuſationem: quamvis de capitalibus, excepto adulterio, tranſigere vel paciſci prohibitum non *m* ſit. Una cauſa eſt, propter quam tranſactio improbatur, tametſi

f l.16. l.19. l.20. C. eod. ad quorum pleniorem explicationem vide Gloſſ. Alciat. Sichard. Don. aut ſi qui alii ſuppetunt.

g d.l.20. Sed habet hoc poſtremũ duas cautiones: una eſt, dum res agatur inter eos, inter quos tranſactum: altera, dum ſit vera perfectaque tranſactio. Don. ad d.l.20. aliòqui interdum major auctoritas rei judicatæ. Alciat. ibib. & Sich. n.2. & ſeq.

h l. elegantër. 23. de cond. ind. l.7. l.11. ff. l. ſi cauſam. 32. C. hoc tit. ubi Don. add Mynſ. 4. obſ. 14.

i l.6. ff. eod. Hinc cautela, ut qui tranſigere vult cum aliquo de re teſtamento relicta, inſtrumento tranſactionis curet inſeri, cognito & perſpecto teſtamento. Sich. in l.19. C. eod. n.7. *k l.7. C. eod. ſed plenius de eo cautum oratione D. Marci, quæ fusè explicatur ab Ulp. in l.8. ff. eod. ubi item Coſtal. & DD. item DD. in d.l.7 Duar. hoc tit. C.2. in fin. Borcholt hic. C.3. n.28.* *l Adde Duar. d. C. 2. ſect. 1. Don. ad rubr. C. hoc tit. C.4. n.2. & 2. ſeqq.* *m l. tranſigere 18. C. hoc tit. quæ lex & veterum & recentiorum ſcriptis admodum nobilitata eſt: catalogum eorum habes apud Ant. Delrio.*

res alioqui ferat, nempe si ex falsis instrumentis fuerit interposita. *n*

n l. pen. C. eod. Ex falsis instrumentis transigere rectè Accurs. interpretatur eum, qui falsis instrumentis ab adversario prolatis, horum metu inductus transigit. quæ hujus transactionis retractandæ via docet Don ad d. l. pen. n. 3. & seqq.

De jurejurando.

CAP. XII.

Quis usus & effectus jurisjurandi in negotiis gerendis extra litem.

DE jurejurando duæ sunt quæstiones; una de necessitate suscipiendi; altera de vi & effectu suscepti. De his aliud placuit in his, quæ geruntur extra litem, aliud in lite & judiciis. Extra litem in contractibus & conventionibus nulla cuiquam necessitas jurandi imponitur: in quasi *o* contractibus quibusdam in causis imponitur curatoribus minorum, & sine exceptione omni curatori furiosi, qui pater non sit. Matri, quæ olim in suscipienda liberorum tutela jurabat, se ad secundas nuptias non venturam, jurandi hæc necessitas remissa. Vis & effectus hujus jurisjurandi jure civili non multò major: nam ex jurejurando promissorio nisi legitimum sit, quale est, si libertus patrono juravit, se donum, munus, *p* operas præstaturum, non magis, quam ex pacto, actio jure civili nascitur: quod si adhibitum fuerit conventionis confirmandæ causâ, si conventio ipsa per se valet, nihil ei addit jusjurandum, præterquam quod in transactione qui contra jusjurandum venit, etiam infamia *q* notetur, & quod minor excludatur à beneficio restitutionis in integrum, qui juravit se pacta servaturum aut se majorem *r* esse. Si non valet per se pactio, nec jura-

o Vide No. 72. l. ult. §. 5. C. de jur. cur. l. 27. C. de episc. aud. auth. sacramentum. C. quand. mul. tut.

p l. ut jurisjurandi. in pr. & vers. jurare. de op. libert. l. si quis pro eo. de fidejuss.

q & actione privatus, omnique commodo, quod ex ea transactione consequebatur, hoc amplius etiã pœnam pactis insertam præstet. l. si quis major. 41. C. de transact. Quod & in invalidis contractibus probant DD. teste Salicet. in d. l. n. 1.

r Prius tantum constitutione Frederici. auth. sacramenta. C. si adv. vend. posterius l. 3. C. si min. se maj. dix.

mentum, quod hujusmodi pactionis confirmandæ gratiâ adhibetur *s* valebit. Sanè enim, si conventio ideo non valet, quia naturâ aut turpis est aut iniqua, non debet à iureiurando ullum robur accipere, cum iusiurandum non debeat esse vinculum iniquitatis aut *t* turpitudinis. Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione objecti per se sit *u* ἀδιάφορος, privatæ tantum utilitatis causa valere non patiatur, an ea iureiurando firmata omninò servari debeat. Et si hoc solum quæritur, an tale iusiurandum iure civili sit efficax aut obligatorium, constanter dicimus, nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse contractum, qui iure civili nullius *x* momenti sit. Cæterum dicere, ne conscientias quidem religione obstringi eius iuramenti, quod, neque iniquum per se, neque contra bonos mores sit, nimis grave est. Certè conscientiæ periculo vel quævis rei privatæ jactura *y* posthabenda. Rectè ergò & verbo dei convenienter juramentis omnibus sponte præstitis hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundent in alterius præiudicium, nec in dispendium vergant æternæ *z* salutis. Ut autem hæc vis sit iurisiurandi in negotiis gerendis adhibiti; nulla tamen in hoc genere jurandi necessitas est, quantumvis postulantis intersit, sibi iurari, & adversarium religione obstrin-

s l. 7. §. & generaliter. de pact. Duar. in post. comm. ad hunc tit. C. 1. Cujac. 22. obs. 7. Bronch. 2. assert. 28. Covars. in l. admonendi. 31. hoc tit. n. 12. Fach. 3. cont. 12. quibus quatenus assentiendum docebit subjecta distinctio.
t C. 1. X. hoc tit. ca. inter cætera. 21. q. 4. & similib. ut a. canones loquuntur de eo, quod naturâ aut jure gentium iniquum est: ita & de turpi, quod est contra bonos mores juris Canonici. Gail. 2. obs. 39. n. 15. & seqq. confer Covar. in C. quamvis. de pact. in 6. p. 2 in pr. n. 4. & 6. DD. in auth. sacramenta. C si adv. vend.
u E. C. non valet donatio inter conjuges: nec ea quæ excedit 500 solidos, nisi actis insinuata sit: lex Iulia vetat alienari fundum dotalem, cuius vi mulier alienationem revocare potest: non peccat tamen, qui aut donationes istas aut alienationem non revocat. ads Gail. 2 obs. 39. & seq. ubi & alia exempla huc pertinentia.
x l. non dubium. C. de legib. l. 7. § & generaliter. ff. de pact. l. si quis inquilinus. 32. §. ult. de leg. 1. adde citatos lit. S.
y Hinc quidam distinguunt inter forum civile, & conscientiæ: ut Treutl & alii ea allegati vol. 1. disp. 6. th. 7. in fin. alii juramentum quidem servandum esse asserunt sed contractum alioqui invalidum jurejurando non confirmari & firmum fieri. quod examinat Covar. in d. C. quamvis. p. 2. §. 1. n. 7. in contrariam partem proclivior.
z C. cum contingat. 28. X. hoc tit. d. C. quamvis. de pact. in 6. C. non est obligatorium. de reg. jur. in 6 vide omnino Gail d. obs. 39. & 40. per tot. de tribus jurisjurandi comitibus, veritate judicio & justitia. Ierem. 4. vers. 2. C. etsi Christus. 25. X. hoc tit. vid. Covar. in d. C. quamvis. p. 2. §. 1. n. 4. & 2. seqq. Sichard. ad rubr. C. hoc tit. n. 17.

gi ad

gi ad firmandam fidem. Atque hæc causa est, cur nec edicto prætoris ulla ejus mentio fiat, ac ne nos quidem fecissemus, nisi hoc intelligi ad propositum pertineret, nullam istiusmodi necessitatem in jurejurando extra litem & judicia quærendam.

CAP. XIII.

Jurisjurandi in lite & judiciis usus & genera, tum de vi jurisjurandi voluntarii.

DIversa causa est jurisjurandi, quod in lite & judiciis usurpatur: nam & delatum plerumque suscipiendum est, & præstitum omnimodò servandum. De utroque autem prout est genus jurisjurandi variè habendum. Jusjurandum in lite duplex: nam aut religionis solius injiciendæ causâ interponitur, aut etiam litis & controversiæ decidendæ. Prius eò pertinet, ut injecto religionis metu excitetur quis ad verum dicendum & deterreatur à mendacio. Species hujus jurisjurandi in judiciis tres receptæ; calumniæ; testimonii; purgationis. De juramento calumniæ *a* suprà diximus, id initio litis deferri, delatum à litigatoribus eorumque patronis recusari non posse. Addo nunc, quod interdum etiam postea in parte aliqua litis exigitur, ut ab eo, qui jusjurandum *b* defert. Testimonii verò jusjurandum præstatur à testibus prius quam testimonium dicant: de quo pluscula inferius cap. 25. Purgationis jusjurandum est, cum reus non *c* convictus purgandi sui causâ jurat rem ita uti dicit, se habere, quod plerique non nisi in causis arduis aut criminalibus admitti *d* volunt, cum reus præsumtionibus levioribus & ad torturam non sufficientibus gravatur. Quamvis autem hæc juramenta præstare necesse est, nihil tamen ju-

a Hujus lib. C. 8. adde cap. 20. infr.

b l. jusjurandum. 34. §. 4 de jurejur. de cujus §. lectione eod. cap. 20.

c Atque ita hic casus specialis est, contra regulam l. qui accusare. C. de edend.

d l. 6. §. 4. C de his qui ad eccl. auth. novo jure. C. de pœn. jud. qui mal jud. tot. tit X. de purg. Canon. frequens hujus usus in causis matrimonialibus. Schneid. in §. item si quis. Inst. de act. n. 32. post. Gloss. & Panorm in ca. continebatur. 6. & C. attestationes, X. de sponsal. impub. adde Clar. lib. 5 rec. sent. §. fin. q. 63.

ranti prosunt ad confirmanda ea, quæ dixit; præstito enim juramento calumniæ, veritati adhuc locus superest in judicio: & testis quamtumvis juratus falsi coargui potest: ac nec jurejurando purgationis stare actor *e* cogitur: solum hanc vim habent, ut metu religionis à falso jurantem deterreant.

Litis decidendæ causâ duplex jusjurandum adhibetur: unum, cui sola litis decisio proposita est absque delicto adversarii: alterum quod præcipuè ob delictum debitori defertur, quod appellatur in litem. Utriusque hæc vis, ut fides juranti habeatur, ac proinde quasi re probatâ discedatur à *f* lite. Prius præter eam vim, quam diximus, etiam necessitatem jurandi complectitur, ut de hoc genere verè dictum sit, maximum remedium expediendarum litium in usum venisse, jurisjurandi *g* religionem. Hinc verò apparet, iisdem illis duabus partibus, ad quas omnis de jurejurando quæstio refertur, etiam hujus tractationem contineri: quæ partes cum ita à prætore in edicto proponantur, & explicentur à consultis, ut prius agant de vi jurisjurandi suscepti, deinde de ejus suscipiendi necessitate, nos item eundem ordinem in his explicandis sequemur. De prima parte hæc edicti summa est. Prætorem jusjurandum tueri, & ita tueri, ut dato jurejurando nihil aliud quæratur, quam an *h* juratum sit. Vult prætor jusjurandum servari: cæterum certis conditionibus, certâ ratione ac modo, ut tota hæc de vi hujus jurisjurandi quæstio tribus hisce locis contineatur: primò ut quæramus de conditionibus, quibus id servari placet: inde de servandi modo: novissimè de effectu. Variantur hæc pro genere hujus jurisjurandi. Est verò triplex, voluntarium, judiciale *i* necessarium. Voluntarium *k* est, quod à parte parti defertur extra judicium. Eam

e Ut declaratur in d. authent. novo jure. C. de pœn. jud. qui mal. jud.

f l. 5. pr. & §. 2. l. 9. §. 1. hoc tit.

g l. 1. eod. Apostolus ad Hebr. C. 6. v. 16 scribit, jusjurandum hominibus esse finē omnis controversiæ. Et, Rhadamantū olim omnes lites jurejur. finivisse, Plato dialog. 11. de legib.

h d. l. 5. pr. & §. 2. l. 9. §. 1. ff. eod §. item si. 11. Inst. de act.

i Leguntur hæc generà in inscriptione hujus tit. in Pandect. eaq; à DD. vulgò ibi rectè explicātur. Zaz. ibid. n. 7. Damhoud prax. civ. C. 179. VVesemb. par. eod. n. 7. & seq. Schneid. ad §. item si quis. Inst. de act. n. 8. & seqq. Borch. hoc tract. C. 2. Don C. ult. h.

k Inde dictum, quod ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio suscipi vel non suscipi potest. Borch. d. C. 2. n 6. Don. d. C. ult.

vocem

vocem nunc propriè accipio, ut extra jndicium jusjurandum deferri intelligatur etiam id, quod in jure apud prætorem defertur. Id quatuor has conditiones habet: si conditio jurisjurandi delata sit: si ab eo, qui deferendi jus habet: si exinde juratum, sit aut remissum jusjurandum: si juratum sit ex conditione delata. Deferre conditionem jurisjurandi nihil aliud est, quam facere potestatem alicui jurandi hac lege, ut si juratum sit, decisio litis *l* sequatur. Non frustra autem hæc conditio adjicitur: nam præterquam quod iniquum est, quenquam in re sua judicem aut testem fieri, facillimus quisque alioqui ad jusjurandum decurrens sibi exceptionem aut actionem adversus invitum compararet, suoque facto alteri invito ius suum detraheret, contra universi iuris *m* præcepta. Meritò igitur prætor iusiurandum non tuetur, si iuratum est, nemine iusiurandum deferente. Relati iurisiurandi eadem vis, quæ ab initio *n* delati: nam & referendo *o* deferri intelligitur. Tribus reliquis partibus locum separatum assignavimus in cap. proximè sequenti.

l Deferre seu ferre conditionem alicui, locutio latinis usitata, quâ significatur offerre certam conditionem implendam, quâ impletâ fiat id, de quo cõtroversia erat, ut ferre cõditiones pacis Cic. 16. ep. fam. 12.

m l. 3. pr. hoc tit. junct. l. 17. de jud. l. 10. de test. l. 2. de his, qui sui vel. al. jur. l. ult. de pac. &c.

n l. 8. C. hoc tit. Sunt, qui hac in eo differre volunt, quod à sententia lata ex jurejurando deferens appellare non possit, referens possit, quod reprobat Sich. ad l. ult. §. 1, C. hoc tit. n. 3. & seqq. *o Nam simplex in composito inest, ut in reddendo dare, l. 94. de V. S. in substituendo instituere. l. 1. pr. de vulg. & pup.*

CAP. XIV.

Qui jurisjurandi deferendi jus habeant, tum quid duabus his conditionibus contineatur; si juratum sit aut remissum jusjurandum; si juratum sit ex eo, quod delatum est.

SEcunda conditio exigit, ut deferatur jusjurandum ab eo, qui jure deferre potuit. Potest autem is solus, cui jus est decidendæ ac remittendæ litis. Hanc autem potestatem habent duo; dominus, cui rerum suarum administratio ademta non est; & qui in rei alienæ administratione pro dominis habentur, ut tu-

tor, *p* curator, *q* procurator, servus item & filiusfa. quibus administratio peculii côncessa est, in re *r* peculiari. Extra hos *s* nemo rei transigendæ aut remittendæ jus habet. Hoc autem inter verum dominum & administratores interest, quod jusjurandum à domino delatum semper ratum est, & consequenter etiam delatum ab eo, cui vel hoc specialiter dominus mandavit, vel qui in rem suam procurator *t* datus est. Tutori autem & curatori, itemque procuratori, licet universorum bonorum, reliquisque administratoribus non aliter jusjurandum deferre licet, quam si cæteræ probationes *u* deficiant. Porrò ex his, quæ dicta sunt, apparet in universum jurisjurandi deferendi jus non habere eos, qui neque domini sunt, neque in re aliena pro dominis habentur. Adhæc ne administratores quidem omnes, cum aliæ probationes suppetunt.. Hoc amplius, ne dominos quidem ipsos, qui rerum suarum administrationem non habent: quo in numero sunt pupilli, furiosi, prodigi, minores item 25 annis, omnesque omninò, qui, quod rebus suis ipsi superesse non possunt, curatores accipiunt, denique etiam is, qui cum solvendo non sit, in fraudem creditorum *x* defert. Planè furiosus hoc à cæteris distat, quod ne curatore quidem *y* auctore jusjurandum deferre possit, cæteri possint ex auctoritate eorum, quorum in tutela aut *z* curatione sunt. Minoris curatorem habentis & pupilli eadem ferè ratio est. Sed est inter pupillum & eum minorem, qui curatorem non habet, nonnulla differentia. Existimo enim jusjurandum à pupillo sine

p Hin. & alienare res, & solvi eis potest. & agendo rem in judicium deducunt. l. 17. §. 2. hoc tit.

q Cum distinctione tamen. de qua mox.

r l. servus 20. & 2. seqq. eod. add. Borch C. 3. n. 36.

s l. nec filius. C. eod. nec conjunctus, qui causam conjuncti agat aut defendat, quāvis de rato caveat: cum conjuncti in causis, quæ speciale mandatum exigunt, non audiantur. l. 27. pr. de min. Sichard in l. 12. C. de proc n. 11.

t d l. 17. §. ult. & 2. ll. seqq. hoc tit. add. Schneid. in §. 11. Inst. de act. n. 102. & seq.

u l. tutor. 35. pr. hoc tit. quo casu ratum quoque est jusjurandum à tutore delatum, quamvis de prædio, quod lex vetat alienari sine decreto: modo in judicio deferatur auctore judice. l. 1. §. 1. quar. rer. act. non dat. Duar. C. 10. hic & in post. comm. C. 4. *x Vid. d. l. 1. §. 1 l. 9. de auct. tut. l. 5. de R. I. l. 35. § 1. hoc tit. l. 3. C. de in int. rest. l. 2, de cur. fur. l. ult. de bon. poss. fur. inf. l. 9. §. 5. hoc tit.* *y d. l. 5. de R. I. In eadem causa videri potest & prodigus, per d. l. 5. l. furiosi. 40. de R. I. Sed non per omnia prodigus furioso rectè comparatur, arg. l. 5. de acq. her.* *z d. l. 5. de R. I. l. 17. §. 1. hoc tit.*

tuto-

tutoris auctoritate delatum ipso jure non *a* valere, delatum à minore curatorem non habente valere quidem ipso jure, sed adversus exceptionem jurisiurandi, si captus sit, intra tempora præfinita in integrum restituto replicationem *b* dari. Sed etsi quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit, adversus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus datur. Præterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum. *c*

Tertia conditio est, si is, cui delatum est, *d* iuraverit, aut ei remissum sit iusiurandum. Voluntas igitur suscepti iurisiurandi nihil ei proderit, quamvis quo minus iuraret, morte aut casu aliquo *e* prohibitus sit. Est autem iusiurandum, auctore M. *f* Tullio, affirmatio religiosa. Religiosa utique, quia est specis *g* invocationis dei, quā petitur, ut is, tanquam unicus καρδιογνώστης testimonium det veritati, & iurantem puniat, si sciens fallat. Unde & per Deum solum *h* jurandum est, non per ullas creaturas, multoque minus per falsos deos. Secus qui iurat, id, iuramentum illicitum est & improbatæ religionis: ideoque pro eo habendum, ac si iuratum *i* non esset. Remissi iurisiurandi eadem vis, quæ *k* præstiti. Remittit, qui deferente se, cum paratus esset adversa-

a *Sive reus sit, sive actor. d. l. 1. §. 1. quar. rer. act. non dat. l. 4. C. hoc. tit. arg. l. 9. de auct. tut. nec obstat, quod dicitur in d. l. 17. §. 1. si pupillus sine tutore auctore detulerit, exceptionē quidem obstaturā sed replicatū iri. Hoc n. in re controversa locū habet, si adversarius cōtendat vel pupillum non esse, vel detulisse tutore auctore.*

b *Per l. 3. C. de in int. rest. l. 9. §. si minor. ubi Zas. n. 4. & seqq. Don. in d. l. 4. C. hoc tit. n. 11. Duar. in post. com: hoc tit. C. 4. vide tamen quæ habet Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 7. lit. D.*

c *Hæc in d. l. 9. §. sed etsi. Denegatur a. actio fraudem confitenti, aut si de fraude controversia sit, sic datur actio, ut exceptio opponatur. d. l. 9. pr.*

d *l. 3. pr. hoc tit. §. item si. 11. Inst. de act.*

e *Iurisjurandi facultas non transit ad heredem. l. 12. pr. C. hoc tit. quippe fieri potest, ut bono viro succedat improbus scienti ignarus. Sich. in d. l. 12. pr. n. 9. Schneid. in d. §. 11. n. 109.*

f *3. offic. circ. fin. Hinc religio jurisjurandi. l. 1. & passim. hic. item sacramentum. l. 8. l. 11. l. ult. C. ead. de quo Duar. C. 1. hoc tit. & in post. com. item C. 1.*

g *Argumento est formula juramenti, qua utitur Apostolus 2. Cor. 1. 23.*

h *Deut. 6. 13. & 10. 20. Exod. 23. 13 Esai. 19. 18. & 65. 16. C. etsi Christus. X. hoc tit propriè igitur juramenta non sunt locutiones, quæ extant Gen, 42. 15. 1. Sam. 12. & 17 56 item 20. 3 & 25. 26. sed asseverationes evidentiæ seu vehementiæ causâ adhibitæ.*

i *l. 5 §. 3. hoc tit. Infidelem tamen per suos deos jurantem obstringi censet Cov. in C. quamvis, de pact. in 6 p. 1 n. 20. Iudei & Turcæ qua formulâ obstringantur, vid. Mynſ. 6. obs. 20. Ant. Del Rs C. 15. de jur. calumn. n. 170. & seq.*

k *l 5. §. ult. l. 9. §. 1. ff. l. 1. l. 8. C. hoc tit.*

rius jurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti *l* jurisiurandi. Ex huius autem verbi significatione satis intelligitur id solum remitti, quod prius delatum & susceptum est. Nam cum alioqui & referri jusiurandum, & aliquando recusari possit, perspicuum est ante susceptionem nullam esse jurandi necessitatem, quæ remitti intelligatur.

Quarta conditio est; ut juretur ex conditione delata, seu ex eo, quod delatum *m* est. Id duabus in rebus positum; ut juretur non finitâ delatione; ut eadem formâ, quâ delatum est. Finitur delatio aut sua sponte, aut revocato jureiurando. Sua sponte aut statim, aut finito tempore præstituto. Statim, si is, cui simpliciter jusiurandum defertur, eo suscepto nec remisso statim non juraverit, sed distulerit, quamvis postea jurare *n* paratus sit. Finito tempore præstituto, si is, cui ut intra certum tempus iuraret, delatum est, id tempus exire patiatur, quod ex ipsa conditione delationis manifestum est. Revocato quoque iureiurando conditio delationis *o* extinguitur. Nam quod de iureiurando iudiciali *p* cautum est; id in voluntario vel magis obtinere debet: nec est impedimento conventio, sive quod pœnitere liceat, sive quod hæc delatio conventionem non habeat de expectando iureiurando, aut si habet, habeat sub conditione, quamdiu qui detulit, volet. Quod si hæc non admittimus, illud utique fateamur necesse est, conventionem servari non oportere, quæ sit contra bonos mores. At facere alicui potestatem iurandi in re sua invito adversario, atque ad peierandum propositâ impunitate invitare, quin sit contra bonos mores, doloque faciat, qui actore probare parato iurare nihilominus velit, *q* non est dubitandum. Alterum, quod postrema hæc conditio exigit, est, ut iuretur eâdem formâ, quâ delatum est, tum in verbis tum

l l. 6. eod. An & quatenus tutor jurisjurandi gratiã facere possit, vide Duar. hic. C. 14. Pet. Greg. 50. synt. 6. n. 6.

m Ut scriptum est in d. L. 5. §. ult. hoc tit.

n d. l. 5. §. ult. quod vulgò tamen sic accipiunt, nisi is, cui delatum est, statim acceperit conditionem jurisjurandi, hunc n. ex causa petere posse dilationem ad deliberandũ, quid & quomodo juret. Schneid. in d. §. 11. Inst. de act. n. 7 i. & seq.

o Similiter ut mandatũ revocatum evanescit. §. rectè. 9. Inst. de mand.

p l. 11. C. hic cujus tamen initio generalis definitio posita est de potestate jurisjur. revocandi.

q Per l. 7. §. ait prætor. l. 27. §. 4. ff. l. 6. C. de pact. & simil. add. Don. in d. l. 11. C. hoc tit. Duar. C. 13. hic. Berch. hoc tr. C. 6. n. 5. & seq.

in ritu. In verbis, ut iuretur verbis conceptis, si deferens verba, quibus iurari voluit, r prævivit. Quod, quanquam in re ad periurium & iudicium dei parum refert, quibus verbis iuretur, sæpe multum valet ad majorem religionis metum incutiendum homini superstitioso, cui defertur. De ritu iurisiurandi idem, quod de conceptione habendum, veluti si quis detulit, ut iuretur tactis sacris Scripturis. s

r l. 3. § ult. l. 4. l. 5. pr. hoc tit. Hoc n est conceptis verbis jurare. vid. Pet. Greg. 50. synt. 8. n. 2. Pet. Pithæ. 2. advers. subsec. 8. Ravæ 5. var. 5.

s l. pen. §. pen. C. h. tit. Quod si ritus aut turpis sit aut superstitiosus, pro non delato haberi debet. add. Rob. 1. rer. jud. 11. A. Fab. C. suo hoc tit. defin. 10.

CAP. XV.

De jurisjurandi exceptione.

HAbemus conditiones, quas prætor exigit in iureiurando extra iudicium interposito, quibusque concurrentibus id se servaturum pollicetur. Alter locus sequitur de servandi modo. Modus hic positus est tum in deneganda actione adversus iurantem reum, tum in ea iuranti actori t danda. De reo his verbis edicto cautum: Si is, cum quo agetur, conditione delatâ iuraverit, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo. Hæc pars breviter complectitur, quid, quibus, adversus quos, qua de re prætor tribuat. Negat se in eum, qui iuravit, actionem daturum. Id rectè sic acceptum est, ut in re certa si actor fateatur reum prius iurasse, actio simpliciter denegetur: sin de eo controversia sit, ambigaturque an iuraverit, tum locus sit exceptioni u iurisiurandi. In quos actio denegatur seu quibus datur exceptio, hi duo sunt; is, qui iuravit; tum ad quem ea res x pertinet. Prior certus est. Alter is est, ad quem pertinet commodum & incommodum eius litis, de qua iuratum est: planius, quicunque ea actione potest conveniri. Eorum quatuor genera; heredes iurantis; successores in rem; accessiones omnes; item principalis debitor, ubi alius de debito ipsius

t l. 7. l. 9. §. 1. hoc tit. §. item si. Inst. de act. §. æquè. Inst. de exc.

u d. l. 9. pr. Duar. in prior. comm. ad hunc tit. C. 7. & poster. C. 4. Hot. ad d. §. æquè Vult. in d. §. item si. n. 16. & ad tit. Inst. de exc. n. 25.

x Verba sunt edicti in d. l. 7. hoc tit.

ipsius juravit. In heredibus ratio y manifesta: nam cum hi in omne jus, quod defuncti fuit, succedant, etiam in exceptionem defuncto competentem, si ea personalis non sit, succedant necesse est. De his, qui succedunt in rem singularem, nonnulla dubitatio est: nam & Paulus respondit, hæc verba, ad quem ea res pertinet, sic intelligi, ut contineatur is, qui in universum dominium succedit: & Ulpianus in edicto Ædilitio eadem illa verba de heredibus z interpretatus est. At idem tamen Paulus disertè a scribit etiam singularum rerum successores verbis hujus edicti contineri. Sed non sunt hæc contraria. Continentur iis verbis heredes semper & sine controversia: continentur & singularum rerum successores; verum non semper: sed ita demum, si res, de qua agitur, ejusmodi sit, ut etiam ad eos successores pertinere possit. Quare cum in edicto de jurejurando res, de qua agitur, ad unius rei successorem transire possit, sive verba hæc, ad quem ea res pertinet, rem petitam demonstrent, sive litem, de qua juratum est, rectè dicimus hujusmodi quoque successorem & verbis & sententiâ edicti b contineri. At enim vetat regula juris per liberam personam, quæ alterius jure subjecta non sit, alteri quicquam acquiri. At inquam non vetat, quod alicui rectè quæsitum est, in alium transire: quod in hac specie c accidit. Continentur superioribus verbis maximè d accessiones, ut fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei:

y d. l. 7 junct. l. sciendum. 70. §. ult. de V. S. l. 19. §. pen. de ædil. ed. junct. l. 2. & l. ult. C. her. act. z Paul. in d. l. 70. §. ult. de V. S. Ulpian. in d. l. 19, §. pen. de ad: ed. a In l. 8. hoc tit. idemque traditur de exceptione rei judicatæ auctori prius quæsita in l. 9: §. ult. & l. 11. §. 3. de exc. rei jud. & generaliter de jure & defensione in l. emtori. 28. C. de evict. b At in edicto ædilitio, cum ædiles dant actionē redhibitoriā emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, his verbis soli continentur heredes, ad quos solos ea res, id est, obligatio emti, ejusque, quod inde præstandum est, petitio pertinere potest, quippe in quam obligationem & actionem succedit nemo nisi heres. Spectandum igitur, quam ob causam hæc verba adjecta sint: nam pro materia subjecta diversam recipiunt interpretationem. Alciat. in d. l. 70. de V. S. c Prius n. jurat. E. C. venditor, rem non esse petitoris, quo facto statim sibi exceptionem acquirit: semel quæsita nihil prohibet, quominus cum re ad emtorem transeat. Ideoque si emtori rei venditæ fiat controversia, venditoris jura illi prodesse, eumque tam propriis, quam venditoris defensionibus uti posse placuit. l. 28. C. de evict. d l. in duobus. 28. §. 1. hîc. Est n. hoc ex jure communi, quo placet, fidejussores in duriorem causam accipi non posse, quam reum principalem. l. 8. §. illud de fidej. Et est hæc exceptio, causæ sive rei. l. 7, de exc.

sed

ſed hoc ita, ſi de re juratum ſit, non de *e* perſona. In acceſſionum numero & pater eſt, qui de peculio aut de in rem verſo *f* convenitur, item duo rei *g* promittendi. Continetur denique & principalis reus, ſi alius ex perſona vel nomine ejus conventus juravit eum dare non oportere: alioqui ſibi magis, quam reo juraſſe intelligitur. In hoc numero ſunt fidejuſſor, pater, procurator, defenſor. Placet ergo jusjurandum à fidejuſſore exactum, ſi modò ideo interpoſitum eſt, ut de ipſo contractu & de re; non de perſona jurantis ageretur, etiam reo *h* prodeſſe, quamvis pactum ejus non proſit. Hoc ita tam variè, quia alteri paciſcendo acquirere non poſſumus, refragante ſuperiore definitione *i* jusjurandum autem pro ſolutione *i* cedit. Etiam patris, qui de peculio convenitur, obligatio acceſſoria: proinde & illius jusjurandum filio quoque prodeſſe *k* debet, tametſi pactum non proſit, Procuratoris quidem nihil intereſt exceptionem jurisjurandi acquiri domino, cum nec ipſe jurare *l* compellatur: ſed tamen pro domino eſt, uſque eò, ut etiam pactio ejus domino proſit: & ergo multò magis jusjurandum prodeſſe *m* debet. Adde, quod procurator, dum jurat dominum, cujus perſonam ſuſtinet, non debere, de ſe magis, quam de altero jurare videatur. Eadem omninò ratio eſt defenſoris, qui ſine mandato judicium accepit, aut in eam cauſam *n* ſatiſdedit. Cæteri vero omnes, qui in ſuperiore numero non ſunt, jurejurando ſuo reo nihil proſunt, repugnante juris regulâ. Enimverò ambigendum non eſt, quin ſicut cætera per eos, quos in poteſtate habemus, acquirimus, ita & jusjurandum eorum nobis prodeſſe *o* debeat. Pollicetur prætor, ſe ejus rei, de qua jusjurandum delatum eſt, actionem non daturum. His verbis datur jurisjurandi ex-

e d.l.28.§.1. id eſt, ſi quis juravit non deberi, quod petebatur, non ſi defenſione perſonæ propria uſus ſit. exempl. in l. ult. pr. hoc tit. Duar. in poſt. com. C. 4. Borch. hoc tr. C. 8. n. 10. & ſeqq.

f Arg. l. acquirent. §. 1. & l. ſeq. de pact.

g d.l. in duobus 28. §. 3. hoc tit.

h d.l.28.§.1. d. l. ult. §. 1. hoc tit.

i d.l.28.§.1. vid. Duar. in prior. com. hoc tit. C. 16. Ant. Fab ad l. 23. de pact. Brcnch. 1. miſc. aſſ. 26.

k Ex eadem nimirum ratione. l. 26. §. 1. hoc tit.

l l. jusjurandum. 34. §. 1. eod. l. 4. de in lit. jur.

m l. 10. §. ult. de pact. l. 9. §. pen hoc tit. Cæterum ſi domino delatum eſt, procurator ejus nomine jurare non poteſt, ut infr. C. 21.

n d. l. 9. §. pen. l. ult. §. pen. hoc tit. junct. l. Titius. 76. ff. l. 23. C. de proc.

o l. ſi ſervus. 23. & 2. ll. ſeqq. hoc tit.

ceptio adversus omnes, qui de ea re iterum agent, sive ipsi detulerint, sive alius, dummodò rectè delatum sit. Igitur si quis in causa sua & suo nomine rectè detulit, repellentur præter ipsum de eadem re agentes p heredes ejus, tum quibus eadem actio cessa q est, item alter ex duobus reis r stipulandi. In populari quoque actione omnes cives, si unus bonâ fide s detulerit. Sanè in actione in rem, quamvis possessor deferente petitore juraverit rem suam esse, tamen adversus alium petitorem prærogativâ jurisjurandi non utetur; nec enim debet alii nocere, quod inter alios actum t est. Eandē rem hîc accipimus, non eam, quæ in judicium deducta est, aut actionem, cujus nomine jusjurandum est exactum, sed quæstionem jurejurando decisam. Eandem autem quæstionem aut diversam causa agendi facit. Fac de eadem re iterum agi, at non eadem de causa, non u nocebit agenti jusjurandi exceptio. Fac è converso eandem quæstionem per aliam actionem moveri, puta eum, qui mandati egerat, postea condictione certi ex eadem causa experiri, obstabit agenti exceptio, quamvis aliâ actione x experiatur. Sed etsi de alia re agi videatur, ex eadem tamen causa, nocebit nihilominus exceptio ex hoc edicto, ut si is, qui de obligatione principali jusjurandum detulit, post deinde de accessionibus experiatur. y

p d.l.9.§.ult. nec n. heredes solum succedunt in actionem defuncti, sed etiam in incommodum exceptionis adversus illū comparata. l. 1. & l. 2. de bon.poss.
q Arg.l.qui in jus.177.de R.I.
r l.28.pr.hoc tit. nam propter unitatem obligationis loco unius habentur. Duar. in prior. com. hîc.C.19. unde & pactum alterius alteri nocere placet, si socii non sint. l.27.pr. de pact. dixi lib.2.C.ult.
s l. eum qui. 30. §.3. hoc tit. l.3. de pop. act.
t l.9.§.ult.l.10.l.11.in fin. hoc tit. & tit. C. res int. al. act. Atenim posterior actor hîc agit de eadem re, de qua juratum. Sed non de ea, de qua jusjurandum delatum, cum prior petitor tantum detulerit, ut de suo domino transigeret: aut si ille de omnium detulit, non rectè detulit, eoq; hactenus pro non delato habendum.
u l.in duobus.28.§.4.l. si actor.36. hoc tit.
x d.l.28. §.4.& 3.§§.seqq. Fusius hæc persequitur Duar. prior. com. h.tit.C.18. & poster.C.4. Item Barch.h tr.C.8.n.16.& seqq.
y Aut pœnam petat. l. jusjurandum. 40. eod. aut si patronus quo deferente libertus juravit se libertum non esse, deinde operas petat, aut contra tab. bon. possessionem. l. eum qui. 30.§.ult. eod.

CAP. XVI.

De actione ex jurejurando.

UT reus jurejurando dato vel remisso exceptionem sibi acquirit, ita & actor, si is reo deferente

te juravit, aut ei remissum est jusjurandum, acquirit sibi *z* actionem, quam & ipsam fuisse edicto propositam *a* constat. Quæ & qualis illa sit, quibus, adversus quos, quamdiu detur, postremò quam vim habeat, videndum. Qualis sit hæc actio parum liquet: nam & veterem hîc actionem dari legimus, & utilem interdum, sæpe etiam in factum. Ego sic sentio, verbis has actiones distingui, cæterum re ipsâ unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certè una hac causâ & defensione niti, quia juratum est. Porrò hanc eandem modò in factum, modò utilem à consultis vocari, modò sub appellatione veteris actionis *b* intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut *c* faceres: juravi enim te deferente eâ lege, ut dares aut faceres, quod peto. Dicitur *d* utilis, propterea quod cum conventio hîc aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis, sed datur in factum prætoria, id est, utilis. Poterit quidem, si verba edicti spectamus, & ipsa directa appellari: sed non est novum, ut quæ actio apertis edicti verbis proponitur, ea ad actionem civilem relata, dicatur utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti *e* dari, sed verbo magis, quam re, nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum re vera novæ causæ intentione utitur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando: quapropter etiam in hac solum consistit, cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quam an juratum sit, omissâ quæstione, an ex priore causa *f* debeatur. Proficiscitur hæc actio ex conventione, cui consequens est, in personam eam *g* esse, non in rem, etiam tunc, cum quis in actione in rem juravit, rem,

z l. 3. §. 1. l. 28. §. ult. ff. hoc tit. §. item si. Inst de act.

a Colligitur ex dd. locis, item l. 30. pr. ff. l. 8. C. eod. Duar. prior. comm. C. 20. & poster. C. 5. Old. cl. 1. act. 9. q. 1.

b Quanquam juramentum præstitum non impedit, quo minus vetus actio intentari possit. d. l. 30. pr. sed quia stultum fuerit, necessitati probandi ultro se subjicere, ideo actionis in factum frequentior fit. vid. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 1. lit. D. Don. C. 8. hoc tit. Ejusq. Enucl. ibid lit. F. Old. d. act. 9. in aff. rem.

c l. 11. §. 1. ff. l. 8. C. hoc tit. junct. l. 1. & 2. de præscr. verb.

d d. l. 11. §. ult. l. quod si juravi. 29 hoc tit.

e l. 13. §. si quis juraverit. & §. Marcellus. eod.

f l. 5. §. dato. eod. & hoc est quod Paulus scribit in l. 30. pr. eod. hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari.

g §. 1. Inst. de act. atq. inter actiones in personam aperte numeratur in §. item si. Inst. eod.

quam petebat, suam esse. Nam cur hîc quoque non sit actio in personam, cum sit pariter ex *h* jurejurando, id est, ex contractu, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Illud utique satis constat, non dari eam adversus quoscunque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum duntaxat, qui detulit, eosve, qui in locum ejus *i* successerunt.

Quod secundo & tertio loco propositum est, datur hæc actio ei, qui postulante adversario *k* juravit, adversus eum, qui jusjurandum detulit, tanquam eum, quicum contracta est jurisjurandi obligatio; item adversus successores ejus tam *l* singulares, quam universales: adversus alios non datur. Illud tamen justissimâ ratione receptum est, nam verba edicti deficere videntur, ut etiam ei detur, qui jusjurandum detulit, adversus eum, qui juravit, quotiens ex ea causa juratum est, ex qua mutuæ utrinque *m* actiones. Etenim æquissimum est, ut quod quis in alterius persona æquum esse censuit, id in sua quoque valere patiatur. Plus dico, etsi is, qui ex tali causa juravit, ex jurejurando nolit agere, non eo tamen minus adversario actionem ultrò dandam. Intellectum enim est, inesse in jurejurando non religionem tantum, sed etiam conventionem & quasi transactionem, quá à lite *n* discedatur. Exempla quoniam quivis admonitus sibi fingere potest, brevitatis causâ *o* omitto. Actio hæc perpetua est, etiam tunc, cum ex *p* temporaria actione juratum est: quia jusjurandum vim judicii & litis contestatæ habet: breviter & apertè, quia est ex contractu. Etsi ergo extra judicium de actione temporaria juratum sit, incipiet tamen inde reus perpetuò

h Etsi n. petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem, nihilominus tamen in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jurisjurandũ: ideoq; & hîc actio in factũ dari dicitur, quæ utiq; in personam. l. 11. §. 1. hoc tit.

i l. 9. §. ult. & l. seq. eod. Quod si actio in rem esset, competeret adversus ejus rei possessores quoscunque.

k d. §. 11. Inst. de act. l. 25. pr. de O. & A. Don. d. loc. ubi tamen ejus Enucl. utilem in rem hic dari contendit cũ Goehs. in l. 11. §. ult. hoc tit.

k l. 8. C. hoc tit. d. §. 11. Inst. de act. etiam reo, cui actor detulit, ut in specie l. 11. §. 1. eod. *l Quia transit res cum suo onere. l. 9. §. ult. d. l. 11. §. 1. & ult. in fin. eod.* *m Hinc DD. tradunt, juramentum præstitum super uno correlativo extendi ad aliud.* *n l. sed etsi, 25. & l. seq. §. ult. l. 2. eod.* *o & suppeditabit tibi l. 13. §. 3. & 2. §§. seqq. eod.* *p l. 9. §. 3. ubi vide Zaz. eod. Secus tamen esse in juramento, quod firmandæ conventionis causâ adjectum est, monet Covar. 1. resol. 9. n. 7.*

teneri:

teneri: quia etiam in hoc jurejurando præter religionem conventio *q* inest, propter quam servetur. Dubitatum tamen de actione de dolo, si juravero ex ea causa mihi dari oportere. Dubitatio ex eo, quod nulla neque incipiendæ post biennium, neque ante completum biennium cœptæ, post biennium verò finiendæ doli actionis *r* concessa sit licentia. Si ergo nec vetus actio vel lite de dolo contestata ultra biennium exerceri potest, nec nova ulla exinde acquiritur, quæ non & ipsa biennio excludatur, an non rectè dicimus, pro natura actionis de dolo ne actionem quidem ex jurejurando ex ea causa ultra biennium competere? Minime. sed quacunque de re aut actione juratum sit, actionem in factum ex jurejurando perpetuam esse, cum sit ex contractu. Cur ergo lite de dolo contestatâ non similiter dicimus actionem inde perpetuam nasci, cum non minus judicio contrahatur, quam jurejurando? Nihil est, quod tam facilè expediri potest. Ex jurejurando semel præstito statim nascitur obligatio, quia id factum jam præcessit, unde ea obligatio *s* oritur. Quamvis autem judicium cœptum & lis contestata sit, non antè tamen judicati obligatio nasci potest, quam judicatum sit, quę conditio est hujus obligationis, quaque deficiente & ipsam deficere necesse est. Evenit autem in actione de dolo, ut nullum amplius judicium sit, eoque nec res judicata intelligi possit, si inter moras judicii biennium exierit: id quod singulari jure in hac actione constitutum esse alibi monuimus. *t*

Postremò vis hujus actionis eadem, quæ & *u* judicati. Ea duabus in rebus posita est; in commodis, quæ ex hac in factum actione percipiuntur; item in firmitate & certitudine judicii. De commodis rerum, quas consequimur, sic generaliter definimus:

q l. qui jurasse. 26. §. ult. l. jusjurandum à debitore 40. eod.

r l. ult. C. de dolo. In est. actio de dolo neq; incipit à biennio post dolum commissum: neq; finitur à biennio actionis de dolo institutæ: sed inchoatur & finitur prorsus intra continuum biennium, ut rectè Gothofr. in d. l. ult.

s Ac proinde jusjurandum non tam liti contestatæ simile est, quam rei judicatæ: nā & perinde habetur, quasi judicatum esset. l. 11. §. ult. ff. l. 8. C. eod.

t lib. 2. C. 54. Si quis a. in actione de dolo intra biennium condemnatus sit, nemo dubitat, quin actio judicati jam verè nata, perpetua sit, l. 6. §. ult. de re jud.

u Ad hujus n. similitudinem competere dicitur. l. 8. C. eod.

eum,

eum, qui juravit, id omne consequi debere, quod haberet, si secundum eum de ea re pronunciatum esset. Complectitur hæc definitio & res principales omnes, quas vetere & directâ actione consequeretur, si constaret, verum esse, quod juravit, & præterea rei principalis accessiones, quales sunt fructus fundi, animalium fœtus, *x* partus ancillarum. Ac ne quis putet propter exemplum, quo *y* Ulpianus utitur, hoc ad eum actorem pertinere duntaxat, qui juravit rem suam esse, ad omnem causam, ex qua juratum est, non pertinere: idem omninò in judicio fieret etiam ex aliis causis re secundum actorem *z* judicatâ. Excipiuntur tamen hoc loco actiones, quæ infitiando crescunt, ex quibus eum, qui juravit, nihil amplius consequi placet, quam simplum, quamvis si directâ actione egisset & probasset, duplum ex judicato *a* consequeretur. Exceptionis ratio duplex: una, quia sufficere debet actori juranti, si consequatur exonerationem probationis: altera, qui nihil amplius actor consequi ex jurejurando debet, quam in jusjurandum deductum est: nam nec judicio plus consequeretur, quam in judicium *b* deduxisset. Certitudo quoque hujus judicii eadem, quæ & judicati: nam ut in actione judicati nihil amplius quæritur, quam an judicatum sit, omissâ quæstione an debeatur: sic in actione in factum ex jurejurando nihil amplius quæritur, quam an juratum sit, omissâ item quæstione, an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando. *c*

x l. 11. §. 1. & ult. l. 13. § 3. ff. eod.

y In d. l. 11. §. 1. in cujus tamen fine & ipse adjicit, quod ad omnem causam pertineat.

z l. cum fundus. 31. pr. de reb. cred. junct. l. 9. §. 9. l. qui jurasse. 26. §. ult. hoc tit.

a l. cum qui. 30. pr. eod. ubi & utraq; ratio, quæ hîc à nobis subjicitur, indicatur, sed altera obscurius.

b Don. ad l. 8. C. hoc tit. n. 13. & seqq. Duar. in prior. comm. hoc tit. C. 25. & in poster. C. 6. Borch. hoc tract. C. 5. n. 18. Unde quâ conditione & jure rem haberemus, si directâ actione actum esset, & secundum nos pronunciatum, eâdem conditione & jure etiam hîc. vid. l. 11. §. 2. l. 13. §. 5. d. l. 30. §. ult. eod. exceptionesq; ac defensiones aliæ admittuntur, quæ non sunt contrariæ jurisjurando, ut in actione judicati. l. Nesennius. §. ult. de re jud. vide Duar. C. 24. hîc in prior. comm.

c l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. hoc tit. l. postrem. 56. de re jud. & quod tempus judicatis indulgetur, id etiam ei concedi debet, cum quo agitur ex jurejurando. arg. l. si debitori. 21. de jud.

CAP.

CAP. XVII.

An aliquo prætextu jusjurandum retractari possit: & de variis ejus effectis.

INtellectum est, quibus conditionibus, quibusque modis jusjurandum extra judicium delatum ex edicto servetur: superest ex tribus propositis postremum, firmitudo hujus jurisjurandi & effectus. De eo sic habe. Ubi concurrunt eæ leges, quas edicto comprehendi suprà demonstravimus, jusjurandum hoc sine alia conditione aut exceptione servari: breviter, causam jurejurando decisam retractari *d* non posse. Sententia perpetua, præterquam duabus in causis. Prima causa est posterius jusjurandum. Finge reum extra judicium actore deferente jurasse se dare non oportere; deinde actorem deferente reo dari sibi oportere, aut contrà: posterior causa jurisjurandi potior habebitur, quasi prior *e* recesserit à jure suo, qui adversario detulit, ut contrarium juraret. Non obstat, quod jus vetat de perjurio alterius quæri. Nam in proposito non quæritur de jurejurando prioris, sed hoc solum, an *f* posterior juraverit. Altera causa est legati & fideicommissi: de qua ita constituit Justinianus: Si is, qui ex testamento deberi sibi aliquid dicit, delato ab herede jurejurando juraverit sibi deberi, postea que emergente testamento reperiatur nihil relictum esse, revocari posse, quod datum est, additâ hac ratione, ne ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedat adversus supremum defuncti *g* judicium: cujus majorem rationem haberi, quam deferentis fortassis ideo voluit, quia publicè expedire creditur, supremas hominum voluntates servari, nihil contra eorum judicia præ-

d l.5.l.in duobus. 28. §. ult. hoc tit. l. 1. C. eod. adde Duar. in prior. comm. hoc tit. C. 27. Coras. in l. admonendi. 31. p. 1. n. 45. & seqq.

e d. l. in duobus. 28. §. ult.

f hoc tit. & arg. l. 12. C. de pact.

t d. §. ult. l. 28. neq; posterioris causa ideo potior, quod verè juravit, sed quod juravit posterior. Duar. in prior. comm. hoc tit. C. 22.

g l. ult. C. hoc tit. atq; hæc exceptio videtur significari in l. 1. C. eod. in fin. ubi verba hæc, nisi nominatim lege excipiatur, à Triboniano adjecta esse, non absurdè conjiciunt Cujac. 18. obs. 35. in fin. & Hotom. 6. obs. 26. item Duar. post. com. C. 7.

stari, præsertim falso obtentu, quasi relictum *h* esset. His duabus causis exceptis hoc manebit, causam jurejurando, quod à parte parti rectè delatum est, decisam retractari non posse: usque adeo, ut nihil intersit, quis juraverit, *i* servus an liber, pupillus an natu major, nihil de qua actione aut *k* re juratum sit. Illud aliquid iniqui habere videri potest, quod ne perjurii quidem prætextu jusjurandum retractari posse rescriptum *l* est. Sed ut non sit iniquum facit delatio seu quæ huic inest, conventio, quâ omnis controversia religioni jurantis ultrò permittitur, placetque jurejurando interposito litem decidi. Æquum est, unumquemque stare conventioni, minimeque ferendus est is, qui ea, quæ ipse facienda procuravit, infirmare *m* conatur. Ex his igitur liquido apparet, jusjurandum servandum esse, licet perjurium probetur, propter conventionem ejus, qui detulit. Quid ergo? Nullane alia pœna contemtæ religionis jurisjurandi legibus civilibus constituta est? nam Deum quidem ultionem & vindictam, hoc est, æternum exitium pejerantibus minitari notum est. Ego uti nullam ulli perjurio pœnam legibus infligi haud *n* dixerim, sed dedecus tantum ex *o* animadversione censoria: ita si quæratur de jurejurando, quod alter ex litigatoribus ultrò detulit, ut eo ab adversario præstito à lite discederetur, probabiliter dici existimem, hîc adversus pejerantem nullam humanam pœnam

h Ita ferè Salic Sich Don. in d. l. ult. aliam rationem reddit Gloss. ibid. quam rectè refellit A. Fab. 19. err. 5. qui ex ratione à Iustiniano adjecta disputat, idem ad alias etiã species accommodari debere? Sed rectius DD. comm. hic jus singulare agnoscunt, cumque iis Don. in d. l. ult. n. 6. Duar. in prior. com. C. 27. & post. C. 7. Bronch. 2. ass. 26.

i l. 25. l. 26. ubi ratio. in pr. hîc. Atque ita jusjurandum personæ inhabilis ratum propter consensum ejus, qui detulit. Duar. hoc tit. C. 8 in prior.

k *Poterat dubitari de causa status, depositi, de actione populari, sed placet etiam has controversias jurejurando decidi posse. l. 3. §. 1. & seqq. l. 20. § 3. & 4. l. jusjurandum. 34. pr. ff. l. 6. l. 9 C. hoc tit.* l *l. 1. C. eod. responsumque, nec probato perjurio actionem de dolo dari. l. 21. de dol. dato jurejurando nihil aliud quæri quam an juratum sit. l. 5. § 2. hîc.* m *l. 12. §. 1. in fin. C. eod. add. A. Fab. in d. l. 21. de dol. Leonin. 2. emend. 3. n. 1. Gilken. in d. l. 1. C. hoc tit. n. 1.* n *Propter l. 22. de dol. l. 2. in fin. C. de ind. vid. toll. l. ult. stell. No. 53. C. 4. pr. No. 77. C. 1. §. 1. Nam si contemtus principis tam severè vindicatur, ut qui per genium ejus pejeravit, fustibus castigetur. l. 13. §. ult. hoc tit. quanto magis vindicandus contemtus Numinis. d. No. 77. C. 1. §. 1. quanquam probari solet ex Tertull. & Minut. Felice in Octav. acrius punitos fuisse, qui per principis, quam qui per Iovis genium pejerassent. in quam sententiam item locus est apud Tacit. 1. ann.* o *De qua Cic. 3. off. Agell. 7. C. 18. Bodin. 6. de rep. sed & Pontifices de perjuriis cognovisse constat. Plaut. Rudent. 5. sc. 3. Rav. 2. var. 3.*

legibus

legibus esse constitutam: quippe quæ etiam hoc ipsum iniquum esse existimaverunt, de falsitate hujusmodi jurisjurandi p inquirere. Sed manum de tabula. Plura si quis cognoscere velit, eos adeat, qui hanc quæstionem opulentius q tractavere: nobis modus suscepti operis custodiendus est.

Ex his, quæ de vi jurisjurandi dicta sunt, penè sua sponte intelliguntur, quæ de variis ejus effectis veteres prodiderunt. Summam tamen eorum breviter complectemur. Sunt autem hæc r quinque ferè: jusjurandum vim probationis habere: ex numero videri novandi delegandique: loco solutionis cedere, aut quod tantundem valet, pro acceptilatione esse: speciem transactionis continere: judicii instar habere. Vim probationis habere dicitur, quia dato jurejurando non amplius quæritur, an debeatur, sed hoc solum, an juratum s sit. Ex numero novandi est, nempe in persona actoris, cui, postquam juravit, nova acquiritur actio. Delegationis vicem obtinet, ubi non debitor pro vero debitore conventus jusjurãdum actori detulit, & juratum est: nam hîc verus debitor liberatur, obligatione in illum quasi judicio t transfusa. Notandum tamen quod dicitur, jusjurandum videri ex numero novandi: verè enim novatio non est, quia vetus actio jurejurando non u tollitur. Solutionis loco cedit, & acceptilationi simile est: nam ut debitor in totum liberatur solutione, & cum eo fidejussores & pignora, sic & x jurejurando, quæsita ei perpetuâ exceptione. Transactionis speciem continet, quia ut transactione ab omni controversia discedidur, idque conventione litigatorum, sic etiam y ju-

p §. *aqui. Inst. de exc. l. 5. §. 2. hoc tit. atque ad hujusmodi juramentum etiã Cyn. Bart. Salic. & Sich. primam partem textus in l. 2. C. hoc tit. restringunt.*

q *Vidi Cujac. 2. obs. 19. A. Fab ad l. 22. de dolo. Fach. 1. cont. 14. Don. in l. 2. C. hic. Gilken. ibid. qui ferè distingunt inter pe-ritos in deũ & principem contrà Duar. 2. disp. 37. & in prior. com. hîc. C. 13. & in post. C. 8.*

P *Greger. 50. synt. 11. Old. cl. 1. act. 9. in ass. item. n. 3. & 3. Cont. in l. 2. C. ad l. Iul. maj. Menoch arb C. 319 Rev. 2. var. 3. VVis. par. n. 17. Bronch. 2. ass. 25.*

r *Quorum primum est in l 5. §. 2. l. 11. §. ult. ff. l. 11. ibi alias probationes. C. hoc tit. 2. in l. 26. §. ult. ff eod. 3. in l. 27 l. 28. §. 1. l. antep. eod. 4. in l. 2. eod. ultimum in d. l. 26. § ult.* s *Cæterum verè probatio non est, ut rectè Duar. C. 2. de prob. Don ad rubr. C. de testib. n. 25. & seq. cum gloss. in l. cum de indebito. 25. de prob. & vulg. DD. Pinell. in l. 1. C. de bon. mat. p. 3. n 50.* t *Quod delegationis speciem habet. l. delegare. de novat.* u *l. cum qui. 30. pr. hoc tit. quamvis dissentiat Vult. 7. scholast.* x *l. 27. l. 28. §. 1. l. antepen. hoc tit.* y *l. 2. junct. d. l. antepen. in fin. eod.*

rejurando. Instar judicii z habet: quia sicut re judicatâ hoc tantum quæritur, an judicatum sit, sic in jurejurando solum, an juratum sit: nec immeritò, cum ipse judicem adversariûm suum de causa sua fecerit, qui jusjurandum ei a detulit. Igitur & qui effectus sunt b litis contestatæ, iidem vel magis erunt c jurisjurandi. Lite contestatâ actiones temporales perpetuæ fiunt, pœnales in heredes dantur: idem fiet interposito d jurejurando. Litis contestatione interrumpitur longi temporis præscriptio: interrumpitur & e jurejurando. Postremò quibus in causis judicium accipere non cogimur, ex iisdem placet nec jurare compellendos. f

z *l. 26. §. ult. eod. imo majorem auctoritatem, quã res judicata. d. l. 2. nimirum quia & post rem judicatam appellatio interponi potest. l. 7. l. 11. de transact. at à jurisjurandi præstatione nec is appellare potest, qui detulit, nec qui juravit. l. 12. §. 2. & 3. C. hoc tit. A. Fab. 19. err. 5.*

a *l. 1. pr. quar. rer. act. non dat non mirum igitur, si vim litis contestatæ habet. l. 9. §. 3. hoc tit.* b *Præterquam in duplo quod consequimur his actionibus, quæ per infitiationem in lite crescunt. d. l. 30. pr. eod.* c *Nempe decisorii, de quo hîc agimus, non ejus, quod obligationis firmandæ causâ adhibetur. Id n. malè hinc arguunt moram inducere.* d *d. l. 9. §. 3. eod. junct. l. ult. in fin. de fid. tut.* e *Quam ego sententiam esse puto l. 13. §. 1. hoc tit. vide Duar. prior. comm. hoc tit. C. 22. & poster. C. 5 Faebin. 1. contr. 70.* f *l. sed etsi. 28. §. 2. de jud. l. tutore. 35. §. ult. hoc tit. l. 14. §. 3. C. de non num. pec.*

CAP. XVIII.

De vi jurisjurandi judicialis.

ET de vi quidem jurisjurandi voluntarii, sive quod ex conventione extra judicium defertur, hactenus dictum est. Alia vis est & conditio ejus, quod interponitur post litem contestatam de re judicio controversa. Etsi autem verbis edicti de vi hujus jurisjurandi nihil cautum est: tamen ut non minus hoc, quam superius illud ratum habeatur, effectum est partim ex sententia edicti, partim cautum constitutionibus. Sed hoc jusjurandum non est unius generis: interponitur enim vel ex utriusque litigantium g consensu: vel uni altero invito defertur à judice. De utroque separatim, de illo autem prius cognoscendum, ut pote quod majo-

g *& dicitur in specie judiciale: estque generis mixti: nam si deferentem spectamus, voluntarium est: sin eum, cui defertur, ex parte necessarium. Necessitas autem in eo, quod saltem referre cogitur. Don. ad l. 8. C. h. tit. n. 8. Duar. in poster. com. C. 2.*

rem

rem cum voluntario affinitatem habeat. Cernitur autem hæc affinitas non tam in servandi ratione, quam in conditionibus, quæ huic cum illo communes. Nam in conditionibus, si unum dissimile exceperis, unam præterea in judiciali superioribus addideris, cætera omnia in utroque convenient.

Dissimile illud accidit circa jurisjurandi revocationem: nam extrajudiciale delatum, ut intra certum tempus juretur, intra id tempus semper revocari potest, judiciale ita delatum non semper: utique non potest post sententiam, quæ appellatione suspensa non sit, aut appellatione sit *h* confirmata. Et verò qui hoc in voluntarium jusjurandũ cadere possit, ubi res transigitur nullâ interveniente sententia. Cæteræ autem conditiones omnes, quas in jurejurando extrajudiciali necessarias esse suprà indicavimus, etiam in iudiciali desiderantur: in tantum, ut quamvis res apud iudicem agatur, non aliter ratum sit, quam si postulante adversario iuratum sit, sive iudex ipse deferat postulante litigatore, sive approbante iudice *i* litigator. At præter conditiones communes etiam hoc amplius est in iudiciali, quam in extraiudiciali & voluntario, quod iudiciale præsentiam & quasi auctoritatem iudicis *k* desiderat, voluntarium nequaquam: non quod in potestate iudicis sit repudiare delationem, sed quia officium eius in re cognoscenda & ferenda sententia hanc eius præsentiam omnimodò *l* exigit. Quid autem servari placeat, si is, cui iusiurandum defertur, absit, dum fortè per procuratorem litigat, de eo postea erit usurpandum.

In modo servandi maior dissimilitudo: nam in iudiciali iureiurando neque actori iuranti nova actione opus est, quippe qui actionem de re, de qua iuratum

h l. 11. C. hoc tit. vide quæ scripsimus suprà cap. 14.

i l. 1. ff. l. 1. C. eod. nam ut judex uni ex litigatoribus invito altero, in dubiis tantum causis receptum est, & eo jurejurando, quod necessarium vulgò appellatur. l. admonendi. 31. eod.

k l. 12. §. pen. C. eod. quæ constitutio exigit, ut omne jusjurandũ, quod defertur judicio instituto, detur sub ipso judice, id est, præstetur coram judice, apud quem agitur.

l Iniungitur n. iudici, ut delatione admissâ eum, cui iusiurandum delatum est, cogat aut iurare aut solvere, l. 9. C. eod. & est arg. in l. pen. & ult. C. de sent. quæ fin. cert. quant. prof. l. 3. §. 2. de testib. Don. ad l. 12. pr. n. 2. C. h. tit. add. Old. class. 1. act. 9. in pract. n. 3.

est,

est, jam satis constitutam & judicio inclusam habet: neque reo juranti opus exceptione, quia actor post jusjurandum non novam actionem instituet, sed in cœpta perseverabit. Quid ergò hîc fiet? nempe quod judicii ratio & officium judicis postulant. Jusjurandum pro justa *m* probatione cedit. Quaproptér si lite contestata juratum sit, judex quasi re satis probata sententiam secundum jurantem *n* feret. Atque hæc quidem sententia non solum vim cujusvis sententiæ, sed simul etiam jurisjurandi habebit, ita ut, si quid firmius sit in jurejurando, quam in sententia sine jurejurando lata, id ad vim hujus sententiæ accedat: & contrà si quid amplius præstet sententia, quam per se jusjurandum, id quoque hæc sententia complectatur. Vis jurisjurandi cernitur in eo, quod cùm ab aliis sententiis appellatio sit, ab hac appellari *p* non possit. Sententiæ potestas in hoc, quod famoso judicio damnatus, quamvis non aliis probationibus, quam jurejurando convictus, fiat *q* infamis, cum propter solum jusjurandum adversarii nemini reo infamia irrogetur. Eadem vis & in expensis apparet: nam harum quidem in extrajudiciali jurejurando nulla habetur ratio: at qui ob jusjurandum adversarii in judicio præstitum victus est, in expensas litis condemnari jubetur. *r*

m Quamvis verè & propriè probatio non est, ut dictum cap. prac.

n l jusjurandum. 34 §. ult. eod. Plerique etiam ante sententiam actionem dant ex jurejurando, post sententiã præter eam etiam judicati. vid. Mudę. ad §. 11. Inst. de act. n. 3.

p l. 12. §. 1. C. hoc tit. ubi ratio. Dubitatum tamen an idem obtineat, si relatum sit jusjurandum, eoque præstito causa per sententiam decisa. vid. sup. C. 13. in fin. C 5. n. 20.

q l. 9. §. 2. eod. add. Duar. in post. com. hoc tit. C. 6. Bach. hoc tract. C. de jud. Gloss. in l. 12. §. 4 C. hoc tit. Sichard. ibid. n. 11.

r Juxta regulam Victus victori &c. l. properandum. §. sive a. alterutra.

CAP. XIX.

De vi jurisjurandi necessarii.

E Tribus generibus jurisjurandi exposita est vis duorum, voluntarii & judicialis: superest ut de vi tertii, id est, *s* necessarii cognoscamus, quod uni

s Quod ita appellatur. 1. respectu causæ, quæ aliter expediri nequit ob probationum inopiam. 2. personæ, quæ id subire cogitur. 3. judicis, qui quando non defert, vel sine causa defert, litem suam facit. Marant. spec. p. 6. act. 9. de juram. n. 2 adde Sichard. in rubr. C. hoc tit. n. 10. VVes. par. eod. n. 10.

ex

ex litigatoribus à judice defertur invito altero. Hoc genus à superioribus meritò secretum est, sive personas deferentium spectamus, sive conditiones & potestatem. De quibus omnibus rectius constabit, si per eosdem illos locos iverimus, quibus natura cujusque generis continetur. Igitur de jure huius jurisiurandi quærenti occurrunt hi loci; quibus conditionibus servetur; quæ sit servandi eius ratio; quæ vis & quousque progrediatur. Conditiones cum prioribus generibus t communes hæ sunt; ut iuretur; ut iuretur deferente alio, nempe u iudice; ut iuretur conditione delata, videlicet in eadem verba, quæ iudex præibit; ut iuretur statim; ut præsente x iudice. Duo sunt huius generis propria: nam neque pro arbitrio deferre hoc iusiurandum iudex potest: neque delatum remittere, ut ex eo lis decidatur. utrumque ideo, quia cum iudex dominus litis non sit, non idem ei in his rebus licere debet, quod domino: sed officium eius est iudicare, prout legibus moribus proditum est. Ea propter potestas deferendi in iudice tribus † conditionibus circumscripta est. Prima est, ut deferat y inopiâ probationum: quippe probationibus suppetentibus aut supervacuum est, si deferatur z actori, aut iniquum, si deferatur a reo. Secunda est, ut deferatur non in qua vis inopia, sed in dubiis causis duntaxat. Dubias autem causas cum b DD. definio, in quibus aliquid quidem, sed non plene & perfectè probatum est. qua tamen in re circumspectè agendum, ut ex tertia conditione certius liquebit.

t *Hæc antè à nobis exposita sunt: sumunturque propè omnia ex sententia & interpretatione edicti.*

u *Nec necesse est, ut petatur deferri, ut post Bart. & Ias. voluit VVesenb. d. loc. Iudicis n. est exigere probationes ulteriores. Gail. 1. obs. 108. n. 3. Fachin. 1. cont. 16.*

x *l. 12. C. hoc tit. item præsente adversario, quem & hîc citari oportet, ut veniat. & iurare videat. Gail. d. loc. n. 8. Menoch arb. ca. 264. n. 27.*

† *Causæ quoque nonnullæ, in quibus hoc iusiurandum locum non habere tradunt DD. ut sunt criminales. Sich. in l. 3. C. hoc tit. n. 5. Gail. 2. obs. 94. n. 3. Mynſ. 2. obs. 87. Fachin. 1. cont. 25. Matrimoniales. Gail. d. loc. pr. Covar. de matrim. p. 1. C. 4. §. 1 n 8. causæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. Sich. d. loc. n. 8. Gail. 1. obs. 108. n. 11. Mynſ. 1. obs. 68. Menoch. arb. ca. 7. n. 1.*

y *Ut expressum est rescripto Dioclet. & Maximiniani. l. 3. C. hoc tit.*

z *Quia & sine iureiurando satis probatum, ut secundum eum debeat iudicari.*

a *Quem convictum condemnari oportet iuxta formam iuris. l. negantes. C. de obl. & act.*

b *In l. admonendi. ff. & l. 3. C. hoc tit. VVes. par. eod. n. 10. Mynſ. 4. obs. 78. quorum opinio etiam iudiciorum usu recepta.*

quebit. Cæterum quod c quidam putant, dubias causas intelligi eas solum, in quibus par est utrinque & plena probatio, atque eo demum casu locum habere, quod præcipitur, ut res per iudicem iureiurando decidatur, falsum est: neque enim inopia probationum laborare causa dici potest, cum ab utraque parte plenè probatum est: sed actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde haberi debet, ac si nihil probatum esset. Hoc igitur solum hîc relinquitur, ut reus ex regula iuris d absolvatur: ita enim fieret, si actor de intentione sua nihil probasset. Tertia conditio, qua potestas iudicis in iureiurando deferendo coercetur, hæc est, ut id faciat e causâ cognitâ. Hoc autem nihil aliud est, quam ut ei deferat, cui deferri ob iustas causas æquius esse videbitur. Non igitur statim actori, qui ad probationem aliquid attulit, in supplementum iusiurandum deferet: sed multa prius diligenter examinabit; in primis fidem cuiusque & conditionem personæ, naturam, qualitatem & pondus rei, de qua agitur, testium item, qui producuntur, prudentiam; denique & probationis modum: ac demum his rebus benè exploratis ex animi sui sententia æstimabit, an iusiurandum & utri deferre f debeat. Servandi ratiò hîc eadem, quæ in iudiciali, ut iudex in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum sententiam ferat, qui iuraverit. g

Vis huius iurisiurandi, vel potius sententiæ ex eo latæ, longè minor est, quam cum res consensu litigatorum iureiurando decisa est, sive extra iudicium sive in iudicio: quippe quam retractare non liceat, nec à sententia secundum iurantem lata appellare. Hîc autem contrà eandem causam retractare licet, & plenius quidem, quam in cæteris rebus iudicatis. Nam primum, quod remedium in commune omnibus sententiâ

c Don. c. 11. n. 4. hoc tit. Ant. Fab. 19. con. 1. Bronch. 2. ass. 93. secuti Duar. lib. 2. disp. C. 33. qui primus hoc docuit.

d Atque ita judicatum testatur Vivius lib. 2. decis. 236. n. 4. vide citatos ab Ennucl. Don. lib. 24. C. 19. lit. P.

e l. 3. C. hoc tit. & ibi Sichard. n. 50. & 56. Fachin. lib. 1. cont. 13.

f Perniciose igitur errant judices, qui hoc jusjurandum passim & sine delectu deferant: ut queritur Ioan. Old. tract. de probat. vide C. 37. infrà in fin.

g l. 31. hoc tit. atq; hinc actio vel exceptio judicati: nam actio ex jureiurando hîc non nascitur, cum non in eum finem deferatur, neque ex probationibus oriantur actiones, vide post alios Schneid. ad §. 11 Inst. de act n. 100. Si is, cui delatum est, jurare nolit, pro confesso habendus. l. manifestæ. hoc tit. An victus hîc in expensas condemnandus? Ita usus fori servat teste A. Fab. 19. err. 7. licet ipse dissentiat.

tentiâ victis tributum est, ut iis appellare liceat, idem & in hoc genere victo *h* proditum. Cur ergò quod hîc permissum est, in judiciali prohibetur? nempe quia hîc jusjurandum interponitur parte alterâ *i* invitâ: neque hîc de periurio quæritur jurantis, sed de facto judicis, an jusjurandum justè detulerit. Secundo, quod est in hoc genere sententiæ proprium, permissum est ei, qui hoc jurejurando victus est, causam ex integro agere, si nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. Hoc igitur loco obiter notabimus, rescripta illa, quæ de rebus judicatis non retractandis, itemque de non retractando jurejurando loquuntur, non pertinere ad causas jurejurando per judicem decisas: in quibus judex non ex communi litigatorum consensu negotium transigit; *k* sed altero invito, neque tam suam sententiam & judicium profert, quam litigatoris, quem in re sua velut judicem fecit. *l*

h l.12. §.1. in fin. C. hoc tit. argumento à contrario. vel à cessante ratione. facit. l.ult. § 1. de appell. Pet. Greg. de appell. 13. n.13.

i Sed & adversus delationem ipsam appellari posse, ne præstetur jusjurandum, vulgo rectè placuit.

k d.l.31. hoc tit. Necesse autem est, ut hæc producens juret se notitiā eorum antea non hābuisse. Guid. Pap. decis. 201. n.1. & decis. 243. n 3. Menoch. arb. ca. 241. Sed & adversarius probare potest præcedentem sententiam. Coras. in d. l.31. n.42.

l Et DD. nostri regulam tradunt; Quandocunque fertur sententia ex probationibus privilegiatis, illam nunquam transire in rem judicatam. vide Sithard. in l.1. C. hoc tit. n.5.

CAP. XX.

De necessitate suscipiendi jurisjurandi: itemque de causis recusandi.

Edicti ordinem secuti prius de vi jurisjurandi, quod in lite & judiciis adhibetur, diximus: deinceps dicendum de necessitate eius suscipiendi. Summa partis secundæ edicti hæc *m* est: Si deferens prius de calumnia juraverit, alter jurare aut solvere, nisi referat iusiurandum necesse habet. Gemina hîc quæstio; an quis, cui delatum est iusiurandum, id suscipere cogatur; altera, si quis cogitur & recusat, quæ sit cogendi ratio. Et sciendum est, hîc quoque interesse, utrum extra judicium delatum sit, an in judicio. Quod extra judicium de lite delatum est, impunè recusari

m Ut colligitur ex l. jusjurãdum 34. §. ait. §. qui jusjurandum. & §. datur. ff. l.9. C. ad.

cuſari poteſt, quia cum nulla ſit cogendi ratio, niſi per prætorem aut judicem, nulla quoque hîc ſuſcipiendi eſt *n* neceſsitas: ac proinde manebunt integræ & actori poſtea judicio agenti ſuæ actiones, & reo quandoque convento exceptiones ſuæ. Dixi autem ſi de lite iuſiurandum extra judicium delatum ſit: nam alia cauſa eſt iuriſiurandi de calumnia, quod exigitur ab eo, qui de lite prius detulerat: ſiquidem hujus recuſatio pro remiſſione *o* habetur. Si igitur ulla eſt jurandi neceſsitas, ea exiſtet, cum judicio inſtituto jusjurandum defertur vel à judice ſolo in cauſis dubiis, vel præſente judice à parte parti. An ergo hîc ea neceſsitas conſtituatur & quatenus, tum cujuſmodi ea ſit, videamus. Primum quod iuſiurandum ſolus judex pro auctoritate exigit, eius ſuſcipiendi neceſſitatem jure imponi ei, à quo exigitur, non eſt *p* ambigendum. De eo, quod à parte parti defertur, nonnulli ſecus exiſtimarunt, ſed falsò. In errorem eos traxit Juſtiniani *q* conſtitutio defunctoriè, ut apparet, inſpecta: quippe quâ non minus apertè *r* refelluntur, quam aut *s* verbis huius edicti, aut eorum principum conſtitutione, qui ſic reſcripſere; delatâ conditione iuriſiurandi reus per iudicem ſolvere vel jurare neceſſe habet. Quod autem de reo dicitur, id in actore multò magis obtinere debet, ut pote cuius conditio minus eſt favorabilis. Conſtat igitur in utroque hoc genere iuriſiurandi eam neceſsitatem, quam quærimus, jure conſtitutam eſſe: quatenus ergò conſtituta ſit, videamus.

Conſtituta eſt hactenus, ut neutrum recuſari poſſit ſine cauſa legibus cognita: cæterum ex cauſa utrumque poteſt: aliter tamen judiciale, aliter neceſſarium. Judicialis recuſandi cauſæ naſcuntur partim ex facto deferentis, partim ex facto eius, cui defertur, partim ex re, quæ poſtulatur. Ex facto defe-

n Nam ex mera conventione id proficiſcitur. Don. ad rubr. C. hoc tit. n. 5. Schneid. in §. 11. Inſt. de act. n. 11. Pet. Greg. 50. ſynt. 6. n. 3.

o l. ſi nō fuerit. 37. hoc tit. de quo mox pluribus.

p d. l. admonendi. 31. ff. hoc tit. C. ult. X. eod.

q §. 2. l. 12. C. eod. & ibi Accurſ. ſed rectè ad d. §. 2. reſpondet Pac. 3. q. 85. Quando dubitatur, utrū rectè delatum ſit, poteſt de facto recuſari, ſed an [illegible]re recuſatum judex diſpiciet.

r §. ult. d. l. 12. ubi Juſtinianus disertè ſcribit, ſe hac ſua conſtitutione nihil derogare antiquioribus legibus. Conſtat *a*. inter omnes, antiquitus hîc recuſationi non fuiſſe locum.

s Verba edicti extant in l. iuſiurandum. 34. §. ait. ff. hoc tit. Conſtitutio in l. 9. C. eod. adde Duar. poſter. comm. hoc tit. C. 3. Bronch. 2. aſſ. 24.

rentis

rentis causæ ad recusandum *t* duæ; una, si ipse postulante adversario recuset prius jurare de † calumnia; altera, si jusjurandum antè à se delatum revocaverit. Exigendi jurisjurandi de calumnia ratio hæc est, ne is, qui de lite detulit, adversarii superstitione abutatur, sperans fore, ut metu religionis non facilè juret. Quod si id se sentire neget, æquum est eandem conditionem in se admittere, quam in persona adversarii valere postulet. Cæterum non aliter jusjurandum de lite recusare licet ob non præstitum de calumnia, quam si is, cui illud delatum est, hoc ab adversario, & eo quidem, cui id injungitur, exegerit: nam satis esse visum est, si per eum non stet, quo minus de calumnia *u* juret. Non omnibus verò injuncta est jurandi de calumnia necessitas, sed remissa parenti & patrono, item parentibus patroni, liberisque ejus: quippe quibus hic honos perpetuò habetur, ut ne qua sit adversus eos postulatio, quæ doli aut fraudis mentionem *x* habeat. Jure quoque feudorum idem jusjurandum remissum est domino adversus vasallum, & *y* contrà. His verò exceptis manet id, quod diximus, jusjurandum de lite delatum justè recusari, si is, qui detulit, prior de calumnia adversario postulante jurare nolit. Illud præcipuè hoc loco notandum, quod recusato jurejurando de calumnia non solum de lite delatum recusari potest, sed recusantis etiam hæc sit pœna, ut quamvis adversarius non juraverit, perinde tamen ac si jurasset, sententia secundum eum feratur, uti fieret, si parato jurare jusjurandum remissum *z* esset. Altera ex facto deferentis ad recusandum causa est, si is jusjurandum à se delatum & necdum ad adversario præstitum revocaverit. Quod ideo à Justinia-

t Quarum una est in d. l. jusjurandũ. §. 4. altera in l. 11. C. hoc tit.

† Hoc jusjurandũ de calumnia, speciale appellatur, hodieque adhuc obtinet; quæ verò de tota lite præstantur, ea ferè exoleuere. VVes par. n. 9. notavi supr. cap. 8.

u d. l. jusjurandum. §. 4. eaque sententia est l. 9. C. eod.

x l. 16. eod. l. 5. l. 3. § 3. de obs. par l. 8. §. pen. qui satisd. cog. manifestum igitur mendũ est in Pandectis Florentinis d. l. jusjurandum §. 4. ubi procul dubio legendum; Atquè patrono atque parentibus remittitur; ut & Accursiũ & plures alios sine hæsitatione legisse constat.

y 2. Feud. tit. de cons. rect. Feud. 33. §. 1. hanc a. observationem Feudalem in Camera non observari putat Ruig. Rulant. de Commiss. p. 1. lib. 2. C. 14. n. 12.

z l. si non fuerit. 37. hoc tit. Notumque est jure civili conditionem pro impleta haberi, quotiens per adversarium stat, quominus impleatur. l. 24. de cond. & dem. l. in jure. 161. de R. I.

no *a* constitutum est, quia absurdum est redire ad id, cui semel renunciandum putavisti, aut ob desperatas alias probationes denuò ad sacramenti religionem convolare.

Is, cui defertur jusjurandum, ex uno hoc facto suo id recusare potest, si *b* referat. At referre semper non licet: nec licet ex trium harum causarum aliqua: si de facto ejus, qui refert, *c* quæritur; quia id nemo melius quam ipse scire potest: si qui prius detulerat, relatum referre conetur; cum conditio jurisjurandi displicere non debeat ei, qui *d* detulit: postremò si, ut quis juraret, convenerit, quæ conventio utiq; hactenus servanda, ut deferenti ad exceptionem prosit, ne relatum sibi jusjurandum præstare cogatur. *e*

Ex re, quæ postulatur, jusjurandum recusari potest, si datum non præstet juranti id, ad quod institutum est. Proinde rectè ex edicto recusabitur, si vel nocebit juranti, quod aut salvâ pietate & bonâ conscientiâ jurare non possit, ob ignorantiam puta aut facti *f* alieni, aut ætatis, aut etiam ob conceptionem jurisjurandi, delati iis verbis, in quæ viro bono jurare non *g* licet: vel si existimationem ejus gravabit, veluti si de ea re deferatur, de qua alius quoque agere *h* potest: vel damnum juranti in re familiari afferat, unde quibus in causis non cogimur judicium de re aliqua suscipere, ex iisdem nec *i* jurare: vel si inutile erit duntaxat, quod accidit, cum vel is, qui defert, jus deferendi non *k* habet, vel is, cui defertur, instrumentis aut testibus rem ante probavit. *l*

Etiam jusjurandum necessarium, ut diximus, ex causa recusari potest: sed hîc non plures causæ, quam

a In l. 11. C. hoc tit. ubi Don. n. 2. adde Borch. hoc tract. C. 6. n. 18.
b d. l. 34. §. datur. l. 38. ff. l. 9. C. eod. Adi de hac relatione Duar. hoc tit. C. 5. A. Fab. 19. err. 8. Menoch. arb. C. 189.
c l. 11. §. ult. & ll. seqq. rer. amot. unde Menoch. d. ca. n. 7. scribit, cum veritatem ignorat deferens. scit is, cui defertur, nec recusari posse, nec referri.
d d. l. 34. §. datur. ff. l. 12. §. 1. C. hoc tit.
e Arg. l. 17. pr. eod. Duar. in prior. com. C. 5. & post. C. 3.
f d. l. 11. §. 2. rer. amot. d. l. 34. §. 2. & 3. hoc tit. l. 4 pr. de in lit. jur. per l. 42. de R. I.
g Facit. l. 5. §. 3. hoc tit. Cæremonia verò, quæ nihil superstitionis habet, non excusat, qualis olim fuit, ut jurarettur tactis sacris scripturis l. 12. §. pen. C. eod. modò adhibeatur, ut adversarius meminerit judicis & iræ dei, eoque metu tactus falsum ne jures l. 12. pr. C. de jud.
h Exemplum in l. 18. hoc tit. facit l. Q. Mucius. 48. mand.
i l. tutor. 35. §. ult. hoc tit. l. 28. §. 2. de jud. ad hanc eandem causam pertinet & species l. 14. §. 3. junct. pr. C. de non num. pec.
k Exempla in d. l. 18. item in d. l. 35. §. 1. hoc tit. vid. sup. C. 14.
l Quippe qui & sine jurejurando vincere debet, quod & honestius est, & ad existimationem aptius.

dux,

duæ, & quæ rarò incidunt; si aut de re *m* ignota deferatur; aut à profano judice deferatur *n* illicitum. Unde apparet, majorem longè esse necessitatem hujus jurisjurandi suscipiendi, quam superioris, in quo tot sunt causæ recusandi, quas in hoc non cadere per inductionem colligenti constare poterit.

m Ut si heredi deferatur de facto defuncti: nemo enim cogi ut in facto alieno anceps perjuriũ subire. l. 4 pr. de in lit. jur. Schneid. in §. 11. Inst. de act. n. 28. *n Ut sic non liceat ei, cui defertur, integrâ conscientiâ & salvâ pietate jurare, & facit l. 5. §. 3. hoc tit.*

CAP. XXI.

Præsente judice jurandum esse. jurare aut ad judicem venire recusantem quæ sit cogendi ratio.

VEnio nunc ad præsentiam judicis: à qua deinde tempestivus erit ad pœnam jurare recusantium transitus. Jurandi coram judice necessitas aliam necessitatem secum trahit, ut absens hujus rei causâ ad judicem venire *o* debeat. De quo sic habendum. Referre jusjurandum absens, si velit, potest: potest & per procuratorem recusare: at jurare non potest neque per se, ubi est, neque per *p* procuratorem, ubi agitur. Cæterum ante quam in absentem pœna statuatur, esse debet, quod ei imputetur, quod non venerit. Sic autem erit, si ritè vocatus venire contemsit. Vocatur, cui denunciatur, ut adsit in judicio jurandi *q* causâ. Ritè vocatur, qui à judice per apparitorem certo tempore, intra quod adsit, præfinito *r* evocatur: quamvis ex aliena sit provincia. Contemnit venire, qui abest per contumaciam, seu qui vocatus, cum possit & deberet, non venit. Proinde qui vel non possunt venire, vi, tempestate, morbo impediti, aut muneris publici causâ retenti: vel qui venire ne-

o Quæ necessitas vetus est arg. l. 15. hoc tit. non à Justiniano primum inducta l. 12. §. 4. C. eod. Ut a. hoc fiat, non solum ad judicis officium pertinet. l. 9. C. de jud. sed etiam deferentis interest, nempe ut juraturus auctoritate judicis metum numinis incutientis deterreatur à perjurio. adde A. Fab. C. suo. defin. 31. hoc tit. *p Multum interest inter fidem ac religionem cujusque. facit l. 4. ad Treb. Quare non est audiendus procurator nomine domini jurare paratus: non n. huic jusjurandum defertur, sed domino. DD. tamen jusjurandum per procuratorem rectè præstari volunt, si speciale mandatũ habeat, ut in animam domini juret. per l. 13. § antepe. & ibi Bart. de dam inf. Schneid. in §. 11. Inst. de act. n. 104. Sich. ad l. 12. §. 4. C. hoc tit. n. 3. vide Barch. hoc tr. C. 4 n 10. Bronch. 2. ass. 39.* *q l. 3. §. ult. de testib. sed & qui detulit, citandus, ut paulò post.* *r Arg. l. 29. §. ult. de mun. No. 90. C. ult. l. 19. C. de testam.*

cesse non habent, jure hanc necessitatem remittente, *s* pro contumacibus minime sunt habendi. Remittitur autem veniendi necessitas, vel ob intervallum locorum, ne quis sine gravi causa evocetur per *s* longum iter *t* aut ob conditionem personæ, ubi ratio sexus, infirmitatis, paupertatis, officii, dignitatis *t* habenda. Ad hos igitur domum mitti *u* oportet, ad jurandum: idque sumtibus, ut opinor, *x* deferentis. Non autem quemvis misisse sufficit: sed exigitur, ut ex iis, quos judex in ministerio publico habet, mittatur vir idoneus & *y* intelligens, scriba aut notarius, qui hic partibus judicis fungatur, id est, qui jusjurandum absentis aut relationem aut recusationem audiat, excipiat & ad judicem referat. Nam honori & dignitati judicis tributum, ne ipse ire *z* cogatur. Quod si absens ex alia provincia erit, dabit operam iudex, ut ibi, ubi degit, sub actorum testificatione iusiurandum vel det vel referat vel recuset: quæ deinde ad iudicem litis *a* remittantur. Judex autem eius territorii adversus absentem eadem faciet, quæ faceret iudex litis, si absens eius jurisdictioni subiectus esset. Proinde si propter intervallum locorum hoc ei concessum est, ne extra provinciam extrahatur, eum iudex territorii ad se evocabit, iurantemque coram audiet. Quod si conditione personæ venire non cogatur, mittet ad eum, & quæ acta erunt, ea excepta & consignata ad iudicem litis referenda curabit. Postremò etiam deferenti potestas fieri debet, eò, si videtur ad diem constitutum veniendi vel per se vel per procuratorem, ut adsit iis, quæ de iureiurando aguntur. *b*

Videamus nunc id, quod superest ad necessitatem iurandi statuendam, quæ sit ratio cogendi, si quis aut præsens iurare, aut absens ad iudicem venire iurandi

s Per l. 3. §. ult. de testiu. vide Gilken. in d. §. 4. l. 12. C. hoc tit.
t In quibus multa judicum arbitrio definienda relinquimus cum Menoch. arb. cas. 59. & seq. item casu 70. vide interim. l. 15. hoc tit. l. 19. de testib. C. si quis. X. eod. l. 21. C. de proc. l. 7. & auth. sed judex. C. de episc. & cl. l. 1. 2. & ult. C. de profess. & med. lib. 10. l. 1. C. de dign. Duar. comm. prior. hoc tit. C. 7.
u Sicut de personis egregiis, & qui valetudine impediuntur, scriptum est in d. l. 15. hoc tit.
x Arg. l. 10. de R V. l. ult. C. de stat. & imag. alii judicis arbitrio hic etiam multum tribuunt. Menoch. arb. ca. 228.
y d. auth. sed judex. C. de episc & cler. d. C. si quis, de testib.
z l. jubemus. §. 37 ult. C. de episc. & cler.
a Vide l. 12. §. 4 C. hoc tit. junct. l. 18. C. de fid. instr.
b *d. l. 12. §. 4. Si per contumaciam non compareas, jusjurandum delatum pro præstito habendum.*

causâ

causâ recuset. Et quoniam una utriusque pœna est, sermonem ad eum solum conferemus, qui præsens jurare jussus non paret. Igitur eius, qui sine causa apud iudicem iurare non vult, pœna summa una est, ut pro confesso & convicto *c* habeatur. Id quod partibus pœnæ propositis planum fiet. Pœna hæc partim in re principali consistit, partim in sumtibus iurisiurandi interponendi causâ factis. In re principali alia constituta est adversus reum, alia adversus actorem. Adversus reum, ut si nec iurare, nec referre iusiurandum paratus sit, solvere cogatur. Hoc constituto videndum porrò, quis hîc, à quo, ad quam rem cogatur, tum quæ sit ratio cogendi. Is, qui cogitur, est is, qui cum agitur, sive actione in personam, sive in rem, uno verbo reus, sive debitor sit, sive possessor: nihil enim interest, cum in proposito non minus hic, quam ille, pro convicto & condemnato habeatur. Is, qui cogit, est prætor sive magistratus, seu is, qui iurisdictioni præest: iudicis, ut iudicis, partes hic nullæ, nisi ut iurare recusantem condemnet, cuius sententiam executioni mandare solius est *d* magistratus. Quam ad rem? ut solvat: quo verbo ex sententia edicti omnis præstatio eius, quod petitur quavis actione continetur. Cogendi ratio, non ut vi armatâ terreatur, sed ut remediis iuris, pignoribus captis & distractis urgeatur *e* ad solutionem. Tempus edicto non expressum. Sed quod tempus condemnato ad solvendum datur, idem concedendum iurare recusanti, quippe qui & ipse prius *f* condemnandus, similiter ut convicti omnes & confessi. De actore nihil edicto cautum legimus, sed ex ratione edicti, quid prætor sentiat, non potest esse obscurum. Ratio edicti hæc est, quod manifestæ turpitudinis & confessionis sit, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. Hæc ratio generalis est ad utrumque litigatorem ex æquo pertinens. Et verò quod actori ad-

c l. manifestæ. 38. hoc tit. cui solum superest, ut solvat. l. jusjurandum. §. ait prætor. eod.

d l. 15. pr. de re jud. nec obstat l. 9. C. hoc tit. n. no & magistratus judices appellari notum est. tit. de rebus auct. jud. poss. l. 2. si quis in jus voc. l. 8. pr. qui satisd. cog. & similib.

e Arg. l. 9. C. de obl. & act. junct. l. 1. 2. & ult. C. de exsec. rei jud.

f d. l. 34. §. ult. hoc tit. & vulgò DD. tradunt, ut recusans habeatur pro confesso, requiri sententiam declaratoriam, quo faciunt, quæ in simili tradit Gail. 1. obs. 86. n. 1.

 versus

versus reum conceditur, id in pari causa reo denegari non debet adversus actorem. Quæ igitur hîc pœna? neq; enim eadem hîc esse potest, quæ adversus reum. Sed & hoc ex superiore ratione intelligitur: nam si etiam actor jurare nolens, pro confesso & convicto habetur, consequens est, ut reus à petitione illius absolvatur, sicut fieret, si actor de intentione sua nihil probaret. Quare si ante litem contestatam jurare recusabit, denegabitur ei à prætore actio: si idem faciet lite jam contestatâ, reus sententiâ judicis *g* absolvetur. Cæterum quod in reo jusjurandum recusante & damnato servatur, ut à sententia judicis adversus eum lata appellare possit, id etiam in actore servandum, ut utrobique in causa appellationis quæratur, non an reus debeat, aut actori debeatur: sed an jurisjurandi recusandi justam causam *h* habuerint. Atque hæ quidem pœnæ de re principali constitutæ. At quid statuendum de sumtibus, si qui facti sunt, puta viaticis, salariis apparitorum aut ministrorum judicis, si fortè longius ad absentem missum jurandi causâ? Et quamvis neq; de his quicquam verbis edicti cautum reperitur: tamen sententia edicti etiam hîc manifesta est. Nam si is, qui jurare recusat, pro confesso & convicto habetur, victus autem victori in expensas condemnandus est, perspicuè palam inest, recusantem, sive actor est, sive reus, etiam in impendia, quæ diximus, esse *i* condemnandum: quamvis ea rebus integris prærogari à deferente oporteat.

g d. l. 34. §. datur. autem. & § ult. hoc tit.

h l. 12. §. 2. vers. sin autem. C. hoc tit.

i Vide C. 39. infrà in fin. dissentit Ant. Fab. 19. err. pragm. 6. distinguit Sichardus post Bald. quem vide in d. l. 12. §. 4. n. 10. & seq.

CAP. XXII.

De jurejurando in litem, quod vocant affectionis.

EX duobus generibus jurisjurandi, quæ ad litis decisionem spectant, hactenus de eo dictum est, cui sola litis decisio proposita. Est & alterum, quod & ipsum quidem ad litis decisionem pertinet, sed quod maximè ob delictum rei interponitur, atque ejus con-

contumaciæ coercendæ causâ soli defertur actori. Nostri jusjurandum in litem appellant. De quo etsi & alius dicendi locus occurrere potest, in postrema nempe parte judicii, ubi de rei petitæ æstimatione disputabitur, tamen id hoc loco potius exequi visum est, ne species unius & ejusdem generis divelleremus. Jurare in litem nihil aliud est; quam litem seu rem, de qua lis est, jurejurando *k* æstimare. Cum autem non temere actor constitui debeat judex in propria causa, receptum est hoc jusjurandum non nisi summâ æquitate exigente, idque alias de rebus & simul de earum æstimatione, quæ amissæ dicuntur, *l* nec probantur, adversus eum, qui vi aliquem de possessione deiecit; quod à Zenone primum introductum: alias de æstimatione rei petitæ tantum adversus frustratores reos, quod solum veteribus cognitum & explicatum. Hujus autem duo sunt genera; unum, quod vocant affectionis; alterum *m* veritatie. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex *n* affectione. Atque hoc ferè per antonomasiam vocatur in litem. Omnis autem de eo quæstio in his quinque, ut quæratur, cui deferri possit, quibus in actionibus; quamobrem & adversus quos; quibus de rebus, quæ vis ejus & necessitas.

Comparatum est hoc jusjurandum ad sublevandum *o* actorem adversus injuriam rei, qui debitum non præstet: veruntamen non omni actori deferri potest, sed soli domino litis, eique, qui eam suo nomine *p* contestatus est. Procurator igitur, qui alieno nomine judicium suscepit, quamvis & ipse pro domino litis *q* habetur, tamen quia revera & emolumento dominus non est, hoc jusjurandum *r* non

k l.1.l.3 l.4. §.1. hoc tit. seu jurare quanti actoris interfit. l. 8. l. pen. eod. litem n. hic accipimus. rem, de qua lis est. Duar. ad hunc tit. C.1. Don. ad rubr. eod. n 2.

l l.9. C. unde vi. de quo vide Mynf. 4. obs. 12. & 5. obs. 71. Ant Fab. 18. err. 8.

m Hasce appellationes docendi causâ retineri, & defendi posse ostendit utriusq; generis definitio. adde Borch. hoc tr. C.2 n. 16. & seqq.

n Id quod sæpe verũ pretium excedit.

l. 1. l. 8. hoc tit.

o l. 2. §. 1. l. 5. in fin. eod.

p l. 7. eod. quibus verbis satis apertè removetur procurator.

q l. procuratoribus. 22. & l. seq. C. de procur. vide sup. lib. 3. C. 26.

r Ne quis falsâ aut dubiâ æstimatione lædatur. Sive n. de affectione domini quæritur, ea soli domino cognita; sive de vera æstimatione, ea non ut domino certa esse solet, ita & procuratori.

præstat. De tutore & curatore idem dicendum videbatur, quos & ipsos dominos non esse constat: sed quia hi rem pupilli vel adolescentis pro potestate sua tanquam domini in judicium deducunt, placet eos in causa tutelari, si velint, jurare posse: dum non ad suam utilitatem jurisjurandi æstimationem referant, sed ad eorum, quorum curam vel tutelam *s* gerunt. Illud penè supervacuum monere, ne vero quidem domino jusjurandum in litem rectè deferri, si judicio, quod satis sit ad rem æstimandam, careat, qualis est impubes, furiosus, prodigus. Adolescens verò in litem jurare potest. *t*

Actionum genera, in quibus in litem juratur, duo sunt; arbitrariæ; & bonæ *u* fidei: nam in strictis judiciis huic jurejurando non est locus. Arbitrariarum autem actionum quædam in rem sunt, aliæ in personam. In rem hîc intelligimus non tantum quibus rem nostram petimus, sed etiam Publicianam, hypothecariam, confessoriam, negatoriam, & cæteras, in quibus tanquam domini rem juris nostri *x* vindicamus. In personam est actio ad exhibendum: ac de ea quoq; generaliter accipimus, ut adversus eum, qui dolo non exhibet, juretur in litem, nec intersit, ad quam *y* actionem illa ad exhibendum aditum paret. In personam quoque sunt actio, quod metus causâ, de dolo, rerum amotarum, Calvisiana: atque in his omnibus, & si quæ sunt aliæ, quæ rei nostræ aut à nobis profectæ restitutionem persequuntur & arbitrariæ sunt, similiter in litem *z* juratur. In bonæ autem fidei judiciis placet hæc distinctio; ut si agatur de re à nobis profecta, quæ & nostra mansit, restituenda, ibi juretur in litem, ut in cõmodato, deposito,

s l. 4. pr. hoc tit. Igitur etsi mater pupilli non admittatur, ut mater, quia istis domina non est, admittenda tamen est, ut tutrix. Zaz. ad d. l. 4. n. 8. Don. n. 7.

t Textus est expressus in d. l. 4. in fin.

u Adolescens quidē & ipse curatoris sui consensu judicio experitur: sed tamē non tam curator agere videtur, quā adolescens ipse. i. a Borch. hoc tr. C. 3. n 23.

u l. 5. pr. & §. ult. hoc tit. l. 3. §. 2. commod. l. qui restituere. 68. §. 1. de rei vind

x De hypothecaria textus est in l. 16. §. 3. l. 21. §. ult. de pign. de confessoria l. 7. in fin. si serv. vind. de publiciana arg. in l. 7. §. in publiciana. de public. in rem act. adde Borch. hoc tr. C. 4. Menoch. arb. cas. 207. & 1. arb. q. 5. n 21. petitio quoque hereditatis actio in rem est. l. 25. §. antep. de hered. pet. & in ea in litem juratur. d. l. 25. §. hæc verba. sed hoc judicium bon. fidei est. §. 28. Inst. de act.

y l. 3. §. 1. & seqq ad exhib. juratur a. l. ic. id quanti ex affectu æstimetur res, quæ exhiberi postulatur, sed quãti damnũ, quod negatâ exhibitione ortum.

z l. 18. de dolo l. 8. §. 1. rer. amot. l. 5. §. 1. si quid in fr. patr.

loca-

locatione, *a* actione rei uxoriæ: non juretur, si petatur res aliena, ex obligatione nunc primum nobis *b* præstanda, ut fit in actione ex emto. quippe cum hîc cesset ratio deferendi, quæ mox intelligetur.

Causa, ob quā in litem juretur, duplex; una in persona rei, adversus quem juratur; altera in persona petitoris, cui jusjurandum defertur. In eo, adversus quē juratur, genere una est, dolus scilicet non restituentis aut exhibentis: nam culpam, si levis est, judex æstimat, latam dolus non *c* excludit. Doli autem hîc duplex ratio: nam & præsens est, & præteritus. Præsens, cum qui possidet aut facultatem restituendi habet, jussus restituere non paret: qui propriè *d* contumacia dicitur. Præteritus, cum quis dolo fecit, quominus possideat, aut restituere *e* possit. In persona petitoris causa est jus & affectio in re petita, quam ejus esse aut ad jus suum pertinere constet: iniquum enim veteribus visum est, cogi quenquam re suâ carere & suo pretio eam alteri *f* vendere. Cum itaque hæ duæ causæ conjunctæ locum huic jurijurando faciant, dolus, inquam, rei, & petitoris affectio, satis apparet ex altera, non de omnibus rebus, quod quartò quærendum erat, in litem jurari, sed de iis solum, quarum pretium cum incertum sit, arbitrio domini ex affectione ejus statui possit, quales sunt res, quę suâ specie, non quantitate æstimantur. De nummis autem, verbi gratiâ, depositis nulla causa est, cur in litem juretur: nam si eorum æstimatio quæritur, hæc per se certa est: si affectio domini, ea in nummos non *g* cadit. Eadem ferè & cæterarum rerum, quæ pondere, numero, mensurâ constant, ratio *h* est. Planè si convenerit, ut nummi

a *l.3. §. 2. commod. l.1. §. in deposito. 26. depos. l. si si cui. 48. §. 1. loc. l. si filiofa. 25. §. 1. sol. matr. item in actione tutelæ, cum res suas pupillus repetit. l. 8. hoc tit.*

b *Hęc distinctio est Azonis & Fulgosy. probata Duar. in l. 5. hoc tit. n. 21. & seqq. Don. ibid. n. 4. & seq. Ant. Fab. 6. coni. 17. & 16. coni. 15. itē 17. err. 7. & 9. Borch. hoc tr. C. 4. n. 7. contra veteres plerosque.*

c *d. l. 5. §. 3. hoc tit. junct. l. 2. C. eod. ita rectè Fulgos. Duar. d. loc. n. 33. Borch. C. 5. n. 5. & seqq. Bronch. 2. enant. 30. contra Accurs. & DD. vulgò.*

d *l. 1. l. 2. §. 1. l. 8. hoc tit. l. 18. de dolo. l. 3. §. 1. junct. l. 10. rer. amot.*

e *l. qui restituere. 68. de rei vind. l. 16. §. 3. de pign. l. 25. § hæc verba. de her. pet.* f *l. 7. rer. amot. utraq; causa conjunctim exposita à Marcello in l. 8. hoc tit.* g *l. 3. hoc tit. quod secus est in rebus, quæ sua specie æstimantur. puta prædiis, animalibus, servis &c. Don. in d. l. 3. n. 1.* h *De vase quoq; argenteo idem judicatum refert A. Fab. C. suo. hoc tit. def. 2. eandem quoq; rationem esse librorum ejusdem editionis tradit Brust. ad rubr. h. tit. n. 149. Sed neutrum indistinctè admittendum: quia in hac etiam affectio cadere potest, si fortè à parentibus, cognatis, aut amicis nobis relicta.*

certâ die redderentur, nec redditi sint, placet jusjurandum in litem deferri posse, non ut quis juret de nummis, sed de eo, quod suâ interest, nummos sibi suâ die redditos esse. Quid enim si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, & dum ea non redditur, in pœnam incidit, aut pignus distractum est. *i*

Vis jurisjurandi in litem hæc est, ut servari debeat, idque judex sequi teneatur, sed suis tamen conditionibus: quæ duæ sunt. Prima est, si juretur deferente judice: nam cum hîc etiam de re ad judicem pertinente agatur, nempe de punienda contumacia adversus eum commissa, meritò hæc delatio arbitrio ejus & potestati permissa *k* est. Ergo nec si reus ipse detulerit, eo tenebitur, si postquam juratum est, eo teneri nolit. Planè si proponas convenisse, ut tanti reus condemnaretur, quantum actor jurasset, id servandum erit propter conventionem: non tamen ut in *l* litem. Secunda conditio est, si actor taxationem judicis non excesserit. Jurare quidem in infinitum, seu in eam summam licet, quæ pretium rei longè *m* excedat, idque & judex sequi debet, cum taxatio jurijurando adjecta *n* non est: sed si judex certam summam præfinierit, ad quam usque juretur, tum ultra jurare non licet. Hoc autem judex facere potest, cui eidem licuit in totum *o* non deferre. Sed etsi judex modum jurijurando non statuerit, aut intra modum statutum juratum sit, potest tamen judex jusjurandum non sequi ex magna causa & postea repertis *p* probationibus. Postremò hoc genus jurisjurandi in litem totum voluntarium est, comparatum actoris causâ, non solum ad eum sublevandum, sed etiam ad augendum: qui idcircò id impunè recusare potest, si de vera rei æstimatione probare velit. *q*

i d. l. 5. hoc tit. l. 2. §. ult. de eo quod cert. loc adde Don. ad l. 8. d. tit. in pr.

k l. 4 §. 1. l. 5. §. 1. hoc tit. Don. in d. l. 4. §. 1. n. 1.

l Sed ut decisorium. adde Duar. hoc tit. C. 4. in poster. comm.

m l 1. l. 4. §. 2. eod. l. 68. §. 1. de rei vind. l. 18. pr. de dol. Duar. ad d. l. 5. n. 27. & seq.

n d. l. 4. §. 3. hoc tit. d. l. 68. §. 1. de rei vind.

o l. 5. §. 1. d. l. 4. §. 3. & ibi Don. n. 3. & seqq. l. 3. §. 2. ad exh. Borch. hoc tr. C. ult. n. 2. Menoch. arb. ca. 207. n. 29. & vulgò DD.

p d. l. 4. §. 3. facit l. admonendi. 31. de jurej. Don. in d. §. 3. n. 1. & seqq.

q Ut rectè Bart. ad l. ult. hoc tit. & probat. l. quod si possessor. 71. de rei vind. Borch. hoc tract. C. 3. n. 27.

CAP. XXIII.

De jurejurando in litem, quod veritatis appellant.

JUsjurandum veritatis est, quo jurat actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti *r* verè intersit. Hoc jusjurandum duæ *s* res inducunt, interitus rei, & culpa debitoris. Primò exigitur, ut res perierit: nam quæ adhuc extat, eam sine delatione jurisjurandi judex ipse æstimare potest. Quod autem de toto jus est, idem & de parte intelligimus, ut si res deterior facta sit, eatenus quoque periisse nec extare intelligatur. Secundò exigimus, ut mora aut alia culpa debitoris intervenerit, quæ perpetuet obligationem: quoniam si sine culpa ejus res debita perierit, ipso jure *t* liberatur. Locum habet hoc jusjurandum etiam in actionibus stricti judicii, veluti si ex stipulatu aut ex testamento *u* agatur. Sed etsi actio ex delicto oriatur, placet nihilominus ex iisdem causis hoc iusiurandum deferri, ut si furti agatur aut condictione *x* furtiva. Suscipiendi iurisiurandi ne hîc quidem ulla necessitas, si de iure constituto quæritur: sed liberum est actori etiam hoc recusare, si de æstimatione testibus aut instrumentis probare *y* malit. Quod si quæratur de iure actoris, ex necessitate in litem iuratur, non quod de æstimatione docere volens audiri non debeat: sed quia rei, quæ non extat, æstimatio difficillimè probari possit: nec iudex eam æstimare queat sine delatione iurisiurandi absque partis utriusque *z* iniuria. Vis huius iurisiurandi eadem, quæ superioris: unum exigimus, ut iudex deferat. Hoc interest, quod is, qui ex affectu rem æstimat, non potest

r Omni affectione semotâ. Menoch. arb. ca. 208. n. 2. qui hoc jusjurandum nõ agnoscunt, refelluntur apertè l. 2. §. 1. l. 3. & maximè l. 5. §. ult. hoc tit.

s Notata in d. §. ult. l. 5. junct. l. seq. eod. ubi vide Don. adde Borch. hoc tr. C. 5. n. 15.

t l. 23 de verb. obl. & quidem ita, ut nec æstimationem debeat. l. in ratione. 33. §. incerta. & seq. ad leg. Falcid.

u d. l. 5. §. ult. l. 6. eod. multo magis igitur in bon. fidei & arbitrariis, in quibus & eadem æquitatis ratio. & natura actionum plenior. Don. ad d. §. ult. n. 21.

x l. 9. hoc tit. qui quidem textus de actione furti manifestè loquitur, ut Don. ibi n. 1. non de condictione furtiva, ut Zaz. n. 3. cæterum eadem hîc utriusque actionis ratio: nam utrobique res furtiva æstimanda, etiam in actione furti, ut constet de simplo, quod duplandum &c.

y Arg. l. pen. C. de pact. Actoris n. causâ & hoc jusjurandum proditum est.

z l. 5. §. ult. hoc tit. ubi vide quæ notat Don. n. 19.

dici

dici *a* pejeraſſe: is, qui non ex affectu, ſed quanti res verè eſt, poteſt. Cæterum de perjurio ejus non facilè quæri ſolet: nec niſi in re pecuniaria, ſi reus de damno privato laboret, idque inſtrumentis poſtea repertis probet. *b*

a Quia de arbitrio & affectu ſuo juravit, non de vero pretio. Don. ad l. ult. hoc tit. n. 7.

b d. l. ult. junct. l. 31. de jurej in fin. Si criminaliter agatur, nulla admodum idonea cauſa eſſe videtur de perjurio quærendi, cum privati nihil interſit. l. 7. §. 1. de injur.

De probationibus.

CAP. XXIV.

Cui incumbat probatio,

ATque hęc quidem litigatorum causâ comparata ſunt, quorum commodum in eo, ut à labore probationum aliiſque litis moleſtiis liberentur, ſi rem pactione aliqua aut jurejurando dirimere velint. Quod ſi malint his rebus omiſſis judicio porrò contendere, ſciant, quantacunque auctoritate præditi ſint, fidem ſibi dicentibus habitum non iri, niſi ſimul ea, quę dixerint, probent. Hîc ergo inducitur probationũ neceſſitas, ſi adverſarius neget: in quo cognoſcendo præcipuè verſatur officium judicis. Probare, eſt rei *c* dubiæ *d* legitimis argumentis judici fidem facere. Quatuor hic potiſſimum quærenda, quis, cui, quid, quibus modis probare debeat ſeu quæ ſint ſpecies probationum. De primo hæc certa & perpetua juris regula eſt: ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui *e* negat. Habet hæc regula, ut ex verbis patet, duas partes: quarum una eſt de affirmante litigatore, altera de negante. De affirmante hæc: Ei incumbit probatio, qui dicit. Hoc verò non magis ad actorem, quã ad reum pertinet, prout quiſque pro ſe quid dicit aut intendit. Et primò quidem, quoniam actor ſemper aliquid in-

c Id eſt, facti incerti, & de quo dubitatur: nam notorium non indiget probatione. C. 3. de teſtib. cog. VVeſ. par hoc tit. n. 7. niſi judici de eo non conſtet. Sichard. ad rub. C. hoc tit. n. 3. vide Mynſ. 6. obſ. 9.

d Semper quidem teſtibus aut tabulis, juxta ſententiam Iſidori in C. forus. X. de verb. ſign. directè a. non ſemper, ſed ſæpe obliquè per argumenta ducta ex eo, quod teſtibus aut inſtrumentis oſtenditur. vide cap. ſeq.

e l. 2. ff. hoc tit. cujus rei ratio in commune reddetur paulò inferius.

tendit,

tendit, semper etiam id, quod intendit, probare debet, quotiens reus ejus, quod intendit, inficiatione *f* utitur. Quod si reus de intentione actoris confessus aliquà defensione se tuebitur, quia vel ipso jure se liberatum dicat, vel intentionem actoris per exceptionem removeat, hic quia & ipse reus aliquid dicit & intendit, id, quod dicit, ex superiore regula *g* probare debet. Exemplo rem declaremus: Petit aliquis decem mutua à Titio, quæ se dicit ei mutuò dedisse: hîc si reus neget se mutuum accepisse, actoris est intentionem suam implere & probare: quod si mutuum se accepisse reus fateatur, sed se aut solvisse dicat, aut pactum esse, ne à se peteretur, hoc ipse probare debet, non actor solutum non esse aut non *h* convenisse. Movere nos non debet, quod generaliter definitum *i* legimus, necessitatem probandi semper incumbere ei, qui agit: vel quia hoc sic accipi potest, si reus simpliciter neget, quod actor intendit: vel quia reus in omni defensione, quam allegat, pro actore *k* habetur. De illo ambigi potest: Petit actor decem mutua, quæ se numerasse dicit, is unde petitur, non apertè debitum fatetur, sed simpliciter pecuniam solutam esse dicit: utrum hic uterque quod intendit, probare debeat, an solus reus, qui solutionem allegat. Sed verius est soli reo in proposita specie probationem ejus, quod dicit, incumbere: quippe qui hoc ipso, quod solutionem allegat, debitum fateatur, cum nulla possit esse nisi rei debitæ vera *l* solutio. Planè si dicat se nescire, fortè quia heres est, an pecunia numerata sit, sed si numerata est, etiam esse solutam, audiri debet: ut hoc casu prius actor cogatur probare pecuniam numeratam esse, deinde suo

f Exempl. in l. 21. ff. & l. 23. C. eod. non probante actore, reus etsi nihil ipse præstiterit, absolvitur. l. 4. C. de edend.

g l. in exceptionibus. 19. ff. l. 1. C. hoc tit. l. 1. ff. de exc.

h d. l. 1. C. d. l. 19. ff. hoc tit. plura exempla in titulis huc pertinentibus passim occurrunt, adde Duar. prior. com. hoc tit. C. 11. & poster. C. 4.

i d. l. 21. ff. hoc tit. §. 4. Inst. de legat. in fin. & simil.

k d. l. 19. hoc tit. l. 1. de exc. quia tunc ipse reus lite pulsat adversarium, cum quid ei objicit, quod adversarius negat. Don. ad l. 1. C. hoc tit. n. 4.

l Uterq; quidem in exemplo proposito aliquid dicit; sed quod dicit actor, non est controversum; ergo id solum probandum, quod à reo dicitur. Duar. in prior. com. C. 12. Don. ad l. 1. n. 5. C. hoc tit. quæ & sententia Dini fuit in C. nullus pluribus. de R. I. in 6. quem & Cyn. sequitur in d. l. 1. contraria tamen sententia placet Bart. & DD. vulgò, teste Sich. ad d. l. 1. n. 3. quam & probari putat l. 9. de exc. adde Ferrar. in forma resp. rei conv. ibi Salvis aliis exceptionib.

ordine

ordine reus esse *m* solutam. Enimverò non in omnibus controversiis ex superiore regula res expediri potest: non in iis, in quibus uterque dicit, uterque negat, quæriturque uter actoris, uter rei partes sustinere debeat: ut si in judicio petitorio rei corporalis uterque se possessorem esse contendat. Sed hìc res transigitur per interdicta retinendæ possessionis, quibus cavetur, ut is pro possessore habeatur, qui non injustè adversus adversarium tempore litis contestatæ possidet, alter verò onus actoris sustineat, eoque non probante in suo loco maneat *n* possessio. In petitione servitutum spectatur, uter sit in possessione juris, quod deberi vel asseritur vel negatur, ut ille qui in ea possessione sit, commodo possessoris fruatur: tametsi prior ad judicium *o* provocaverit. Præjudiciorum quoque eadem ratio, ut qui sine dolo malo in possessione est ejus juris, quod sibi vindicat, onus probandi transferat in *p* adversarium: nisi fortè lis de alia re principaliter instituta sit, cujus per occasionem præjudicium *q* redditum. Idem juris & in quasi possessione privilegii servari oportere *r* Accursius censuit: sed verius est, quod & vulgò placuit, eum, qui ex privilegio se à muneribus publicis excusat, causam privilegii probare debere, sive id privilegium anteà usurpaverit, sive non usurpaverit: cum nihil sit in proposito, quod excusanti patrocinari debeat, cum factum alleget, cujus probatio incumbit dicenti *s*.

Altera pars regulæ superiori contraria est de negante in hanc sententiam: Ei, qui negat, necessitatem probandi non incumbere. Et hæc definitio non minus vera est & perpetua, quam superior, si modò rectè accipiatur. Hoc ergo dicimus: nunquam eum,

m Facit l.9. C. de except. & ibi Don. n.3.

n §. retinendæ. Inst. de interd. Don. ad l. vir ejus. 15. n.4. & seqq.

o Nam licet verbis sit petitor, qui litē hìc intendit, effectu tamen ac. commodo excipit ac possessor est. l. 6. §. 1. l. 8. §. 3. si serv. vind.

p l. 14. ff. hoc tit. l. 10. l. 12. de lib., ca. Don. in d. l. 15. C. hoc tit. n. 11. & seqq. Quod si concurrat utriusque partis injusta possessio, puta à domino vis, ab eo, qui se liberum dicit, fuga, initium spectandum est, quod fuit ante vim illatā. d. l. 15. ubi Don. n. 14. Sich. ibid. n. 4.

q Finge patronum operas à liberto petere, aut famosâ actione à liberto conventum, aut in jus vocatum, hoc se tueri: semper qui se patronum dicit, actoris partibus fungitur. l. ult. si ingen. esse dic.

r In l. 7. C. de fid. instr. sed hoc displicet Pet. Cyn. Bart. & Bald. per C. cum personæ. de privil. in 6.

s Don. in d. l. 7. C. de fid. inst. n. 24. vulgo hac ratio redditur, quod privilegium allegans oppugnatur jure communi.

qui *t* negat, cogi probare, quod negat: nihil hîc interesse, utrum is, qui intendit, intentionem suam implere nolit, an non possit implere. Idque duplici ratione constitutum t: tum quia nos ipsa æquitas docet, neminem facto alieno onerari *u* debere: tum etiam quia factum negantis per rerum naturam nulla *x* probatio est. Finge enim me centum testes producere, qui negent se vidisse pecuniam mihi numerari, ideone consequens est, numeratam mihi non *y* esse? Quid si totidem instrumenta proferam? tantundem efficietur. Sensus autem hujus sententiæ, ut eam rectè accipiamus, hic est: Negantis, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat præterea, nulla per rerum *z* naturam probatio est. Quod si prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per consequentiam colligatur, hîc jam non quatenus negat, sed quatenus affirmat, probare intelligitur. Exempli gratiâ: Negat possessor, qui actione in rem convenitur, actorem dominum esse: hanc negationem possessor facile probare potest, sed ita, si prius se dominum esse dicat: nam hoc probato necessario efficitur, actorem dominum *a* non esse. Negat heres, quòd legatarius affirmabat, bona sufficere ad legata exolvenda, poterit heres hoc probare ostensâ prius quantitate legatorum & patrimonii *b* defuncti. Facti quoque, quod tempore & loco circumscribitur, negatio naturâ probari potest, ut si quod Lugduni mihi numeratum fuisse dicitur calendis Januariis, id mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ *c* fuerim. In his igitur, & id genus aliis, cum non negationis, sed

t DD. ferè tria negativa genera faciunt: facti, quam probari non posse concedunt: juris & qualitatis, quas probandas esse à reo contendunt. vide Sich. in l. 23. C. hoc tit. n. 9. & seqq. Reub. tr. de testib. p. 3. n. 81. & seqq.

u Quo pertinent l. non debet alteri. 74. l. factum cuique. 155. de R. I.

x l. actor. 23. C. hoc tit., C. quoniam contra. 11. X. eod. l. 10. C. de non num. pec.

y Vnde illud vulgare apud Accurs. plus credi duobus affirmantibus, quam mille negantibus.

z Id est vim & potestatem rebus à Deo inditam. Nã ut Gloss. 3. in l. 23. C. hoc tit. id, quod probatur, debet esse ens: non entis n. nulla sunt genera, nullæ qualitates aut differentiæ, per quæ probari possit. VVes. par. n. 6. Sich. ad d. l. 23. n. 6.

a Cum certum sit duos ejusdem rei in solidum dominos esse non posse. l. 5. in fin. commod.

b Et heredi in hac quæstione incumbere probationem disertè scriptum est in l. 17. hoc tit. nimirum quia heres ex libris rationum facilè docere potest, quantum defunctus in bonis habuit. Duar. C. 4. in post. comm.

c l. optimam. C. de cont. & com. stip. Duar. d. C. 4. Sich. in l. 23. C. hoc tit. n. 25. & seqq. Don. C. 2. de prob. Bronch. 2. ass. 9. Hercalan. in tract. de prob. neg. recenset 54. modos, quibus negativa probatur, initio facto à numero 149.

affir-

affirmationis probatio fit, conſtanter iterum definimus, ei, qui negat, probationem non incumbere. Dubitatum tamen, an in omnibus etiam cauſis, tam criminalibus, quam civilibus & pecuniariis, huic regulæ locus ſit. Et non ſolum *d* certâ auctoritate juris auctorum, ſed etiam evidenti æquitate omnium cauſarum communi defenditur, nunquam ab eo, qui negat, quatenus negat, probationem exigi oportere, cujuſcunque tandem generis cauſa ſit, ne, ut ſupra diximus, factum actoris reo *e* noceat. Duo omninò ſunt, quæ à communi regula eximi debent: unum, ſi ex cauſa adminiſtrationis agatur, propterea quod omnes, qui ex ea cauſa conveniuntur, adminiſtrationis ſuæ rationem reddere *f* debent: alterum, ſi pro eo, qui dicit, aliqua præſumtio ſit, quæ onus probandi rejiciat in *g* adverſarium. de quo aliquanto latius præcipiemus inter genera probationum. Illud hìc in tranſitu monendum, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, ſed ex intentione actoris æſtimandam: ut ſi neget reus, quod actor intendit, verè negare, ſi non neget, ſed adverſus intentionem actoris aliquid primum adferat ad ſui defenſionem, verè affirmare dicatur, quamvis hic verbis negativis, illic affirmativis *h* utatur. Quo obſervato, non deërit reſponſio ad ea exempla, quæ pro contrariis objici ſolent.

d Præſertim l.2.ff.& l.8. C.hoc tit.quæ generaliter & infinitè loquuntur de omni, qui negat.

e Et præcipuè locum habet in criminali ſententia l. ult. C. de edend. iniquum eſſe à reo petere, ut ipſe adverſus ſe arma ſubminiſtret. Nā quo majus periculum reo intenditur, eo magis illi conſulendum. l.1.§. ſed ſi quis. de Carb. ed.

f l.2.de neg. geſt. ſpecies eſt in l. 11. hoc tit. ubi cum hæc ratio ipſi Celſo probetur, non eſt neceſſe, ut aliam cum DD. fingamus.

g Exempl. in l.8. l.9. l. cum de indebito. 25. hoc tit. vide Menoch. lib.1. quæſt.33. & 5. præſumt.39.

h Hoc intelligetur appoſitiſſimè exemplo actionis negatoriæ, quæ verbis negativa eſt, unde & ita dicitur: inter omnes tamen convenit hanc actionem re affirmativam eſſe, & ita eſſe, ut dominus eam affirmationem probare debeat. Don. C. 2. hoc tr. & in l.23. C. eod. n.13. Duar. C. 12. prior. comm.

CAP. XXV.

Quid cui probandum. & de generibus probationum.

CUi res probanda ſit, expeditum eſt, nempe non alii, quam cui cauſa cognoſcenda committitur, id eſt, judici. Id verò, quod tertio loco quærendum, non

non æquè exploratum. Nam cum quæritur, quid probari debeat, hoc quæri intelligitur, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio sive juris, is, cui probationem incumbere diximus, judici probare teneatur, & nisi probaverit, succumbere debeat. De jure non de facto, dubitatur. Ego sic *i* sentio: ea, quæ juris sunt, non indigere probatione. Aut enim de jure partis controversia est, & in quæstionem *k* facti res incidit: aut de jure ipso, & ad officium ipsius judicis pertinet videre, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est *l* proditum: neque enim jus à litigantibus judex discere debet, sed secundum illud etiam non allegatum judicare. Sanè si probationem accipiamus pro quavis confirmatione ejus, quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur. Quis enim ignorat etiam in statu juridiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse aut non esse. Sed id ad victoriam causæ necessarium non est: cum ipse judex etiam non monitus, ubi de facto constat, de jure dispicere debeat. Rectè igitur sentiunt, qui præter facta nullum probationis objectum agnoscunt: idque generibus probationum cognitis certius liquebit, quo nos ratio ordinis jam perduxit.

Aristoteles eumque secuti rhetores duo genera probationum faciunt, unum artificiale, alterum *m* inartificiale. Artificiales probationes vocant, quæ artis ductu & beneficio è re ipsa eruuntur: quales sunt singulæ rationes & argumenta, de quibus dialectici & rhetores præcipiunt in doctrina inventionis. Inartificiales dicunt, quæ extra rem aliunde assumuntur sine ingenio & arte artificis, eaque uno nomine

i Cum VVesemb. & DD. quos citat par. hoc tit. n. 7. sed quod subjicit, nisi cum jus negatur, parùm subtile est: cùm nec factum, nisi negetur, objectum sit probationis, ut rectè notat Bachov. in Tieutl. disput. hoc tit. th. 1. lit. B.

k E.G. Accusor à Titio facinoris alicujus: ato enim prohibitum esse accusare propter causam aliquam earũ de quib. Marcell. in l. 8. de accus. Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum & notum est. l. 2. de jur. & fact. ign. sed factũ ipsum. l. 5. hoc tit. Duar. C. 11. prior. com. hoc tit.

l Inst. de off. jud. in pr. Quod si agatur de jure controverso, quaraturve de communi DD. opinione, facti quæstionis speciem res induit: haud secus, quam consuetudo facti dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur: contrà si certa est & notoria: nam juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem. Gail. 1. obs. 36. n. 12. & seqq. Bachov. d. loc.

m Arist. 1. rhetoric. 2. Cic. 2. de orat. Quintil. lib. 5. C. 1 Rodolph. lib. 1. C. 23. Cicero in Top. artificialia argumenta appellat insita, inartificialia assumta. adde clarissimum Vossium 1. part. orat. 2. & 12.

appellant *n* testimonia. Nobis ab eorum via nonnihil deflectendum est: nam cū illi etiam in statu juridiciali probatione utantur, palam est eos verbo probationis intelligere omnem rationem, quâ utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. Nos verò probationem accipimus, quasi ad constitutionem conjecturalem tantum pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Omnis igitur nostra probatio aut tabulis constat, aut *o* testibus: sed ea aut directa est, aut obliqua. Directa, cum id, quod probare volumus, ipsis tabulis aut testimoniis continetur. Et hæc verè est ἄτεχνος. Obliqua, cum id, quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligitur. Ac proinde ἔντεχνος, id est, artificialis dici *p* potest. Harum autem omnium quædam plenæ sunt, quædam semiplenæ atque imperfectæ. Plenæ, quæ plenam fidem judici faciunt, solæque & per se ad victoriam sufficiunt. Semiplenæ, quæ opinionem quidem inducunt, sed solæ & per se justam fidem non faciunt. Ita enim nostri probationes partiuntur pro effectu & vi, quam in judiciis *q* habent. Singula pro modo suscepti operis persequamur.

n Testimoniū, inquit Cic. d. loc. nunc dicimus omne, quod ab aliqua externa re sumitur ad faciendam fidem. Non solū igitur testes, hac appellatione veniunt, sed etiam tabulæ, præjudicia, rumores, tormenta, jusjurandum. Quintil. d. C. 1. & aliquot seqq. lex & illustris sententia. Ram. lib. 1. Dial. C. ult. & Donā. in comm. ibid.

o Vnde tum in ff. tum in C. primò tractatur generaliter de probatione deinde de ea, quæ fit per instrumenta & testes.

p *Vide Duar. prior. com. hoc tit. C. 3. & post. C. 3. & infra C. 36. hujus lib.*

q *VVesenb. par. hoc tit. n. 4. B. vrt. & vulgo DD. in l. admonendi. 31. de jurei. Sich. in rubr. C. hoc tit. n. 4. & seqq. hoc genera explicamus C. 37. infrà.*

CAP. XXVI.

De generibus & usu instrumentorum.

DIrectarum igitur probationum duæ sunt species; una, cum tabulis directò probamus id, quod dicimus; altera, cum testibus. Tabulæ veteribus dicuntur omnes *r* scripturæ, quæ de re aliqua fiunt, ut in iis extet rei gestæ fides & testimonium. Has scripturas nunc instrumenta propriè & specia-

r Tabulæ non testamenti solum, sed & contractuum & alterius cujusque negotii dicebantur, ab eo, quod in tabulas ligneas cerâ illitas ea referri solerent: unde ceratæ à Plaut. in Asin. appellantur. vide sis Vigl. ad §. antep. Inst. de test. ord. Brisson. lib. 18. de verb. sign. Don. ad rubr. C. hoc tit. n. 21. & seq.

liter

liter *s* appellamus: quo vocabulo etiam nos deinceps utemur. Habet hæc tractatio tres partes pręcipuas; ut *t* quæratur, quæ sint instrumentorum species; quis eorum usus; quæ vis ac fides. Omne instrumentum aut publicum est, aut privatum. Publicum est, quod fit à persona publica aut publica *u* auctoritate: cujusmodi sunt in primis, quæ fiunt ab iis, qui archivo præsunt, auctore magistratu aut judice, ut acta judicialia insinuationum, census; quæ etiam per eminentiam *x* publica monumenta appellantur: deinde etiam, quæ per tabellarios publicè conficiuntur, quæ uno verbo vocantur *y* forensia. Privatum est, quod à privato confectum publicâ auctoritate non utitur: qualia sunt in negotiis privatis instrumenta tum obligationis, ut chirographum, syngrapha: tum liberationis, ut apocha, antapocha. Huc item pertinent libri rationum & anotationes privatæ, testamentum defuncti, quo heres utatur, & *z* similia. Horum omnium rursus quædam authentica sunt, quædam transsumta. illa sunt, quæ originalia vulgò vocantur: hæc si ad verbum ex authentico descripta sunt, latini exempla appellant, si summatim, indices. *a*

Usus scripturarum est, ut per eas id, quod actum est, facilius probetur: cæterum ad substantiam rei non pertinent: cum res non instrumentis gerantur, sed in ea testimonium rei gestæ *b* conferatur. Unde efficitur, nec amissionem instrumenti obesse creditori, si is aliis modis debitum probare possit: & quod ab initio sine instrumento gestum est, valere, si ha-

s Generaliter n. instrumentum id omne dicimus, quo res aliqua instruitur, aut opus aliquod efficitur: unde varia hujus vocis significata, quæ recenset Don. ad hunc tit. C. n. 6. & seqq. Duar. eod. C. 1. Alciat. & Cød. in l. notionem. 99. §. 2. de verb. sig.

t Hæc divisio colligitur ex multis locis, præsertim ex l. scripturas. C. qui pot. in pign. & vulgò probata est. VVesenb. par. hoc tit. n. 2. Schard. ad rub. C. eod. n. 2. Duar. C. 2. eod. in pr.

u Publicum instrumentum subdividit Althus. lib. 3. C. 41. in judiciale & extrajudiciale cum species utriq; generi subjectas earumq; vim & effecta ibid & cap. seq. late persequitur, ex Mascard. Menoch. aliisque DD.

x Sic vocantur in l. in donationibus. 31. C. de don. l. ult. C. de re jud. l. 10. ff. de prob.

y l. comparationes. 20. C. hoc tit. Iust. in Nov. de Tabell. 44. & Nov. de instr. fid. 73. ἀγοραῖα vocat. Don. ad l. pen. C. hoc tit. n. 6.

z Vide VVes. par. hoc tit. n. 2. Duar. C. 2. eod. Donel. in l. 15. n. 6. & in 19. n. 1. & seqq. C. hoc tit. Althus. d. lib. 3. C. 43. ubi 10. species hujus instrumenti enumerat.

a Don. in auth. si quis. C. de edend. l. 4. §. 3. fam. erc. l. 2. ff. hoc tit. Hinc index legis, id est, summa Philip. 1. & per indicem exponere, id est, summatim, apud Ascon. 3. Verr. Exemplum copiam barbari vocant, indices extracta.

b l. 4. ff. hoc tit. l. 4. ff. de pign. l. 12. C. de prob. ubi Don. n. 6. & ad l. 9. C hoc tit. n. 8. Duar. eod. C. 4.

beat *c* probationem. Sed hoc non est perpetuum. Nam primo non pertinet ad acta judiciaria: quæ omninò referenda sunt in scripturas, excipiendas vel à scribis publicis vel à notariis, aut si horum copia non est, à duobus idoneis scriptoribus: ut proinde actis intervenientibus ad aliam probationem recurrere *d* non liceat. Nec verò ad eos actus tantum hoc pertinet, qui sunt jurisdictionis contentiosæ, sed etiam ad eos, qui sunt jurisdictionis voluntariæ, qualis est *e* emancipatio. Sed & aliquando in iis, quæ extra judicium nec apud magistratum geruntur, instrumentum rei gestæ intervenire *f* necesse est: quod partim ob qualitatem negotii constitutum est, ut in donatione, quæ excedit 500 solidos: partim ob conventionem contrahentium, si inter contrahentes initio convenit, ut res scripto gereretur: tunc enim contractum non antè ratum esse placuit, quam instrumenta in mundum recepta, aut si à tabellione conscribantur, non antè, quam completa sunt & partibus absoluta. Emtio tamen & venditio etiam ante completum instrumentum hactenus rata habetur, ut si arrharum nomine aliquid datum sit, non liceat impunè à cœpto negotio recedere: sed ut emtor recedere volens arrhas à se datas amittat, venditor duplicatas emtori reddat. *g*

c d.l.4. & l.5. ff. d.l.1. l.5. l.7. C. eod. Sich. 1. & Don. in d. l.1. idem Don. in rub. C. eod. n.20 & c. 2. de prob. *d C. quoniam contra falsam. 11. X. de probat. facit l.4. § pen. C. de rec. arb.* *e l. pen. C. de emanc. l. ult. C. de adopt. planè amissio instrumenti nec tunc nocet, ubi à principio acta intervenire oportet. l.11. C. hoc tit. sed tunc duo probari debent, instrumentum confectum fuisse, & tenor instrumenti: cum ubi scriptura ab initio necessaria non est, amisso instrumento, sufficiat probare tenorem contractus duntaxat. Sich. in d.l.11. in fin.* *f Vide §.2. Inst. de donat. l. sancimus. 14. C. eod. inst. de emt. & vend. in pr. l. contractus. 17. C. hoc tit. ubi DD.* *g d.l. contractus. in fin. d. pr. Inst. de emt. & vend in fin. notavi lib. 2. C. 14.*

CAP. XXVII.

De fide instrumentorum.

NOn omnia verò instrumenta fidem in judiciis merentur: nam quædam vim nullam probationis habent, & eorum, quæ habent, non omnium vis æquè magna. De his ergo sic habeto. Quæ instrumenta professionem alterius continent de re ad actorem

rem vel reum pertinente, ea ad probationem nihil valent. Excepta est parentum professio, quâ publicè apud acta testati sunt, illo die illos liberos sibi natos esse, & nomen liberorum ediderunt: nam ex hujusmodi professionum tabulis probationes rectè petuntur, si quando quæstio est de statu aut ætate *h* liberorum. Sed & epistolam uxori missam, de cujus fide constet, nonnullam hîc instrumenti vicem obtinere *i* decretum est. Multò minus ad probationem prodesse placet, quod scriptum est ab eo, qui instrumentum *k* profert: usque adeò, ut nec hîc rationum *l* libri diligentissimi patrisfa. nec rationes ipsius fisci, nec testatoris in testamento affirmatio fidem *m* faciant. Unum etiam hîc excipimus, nisi testator jurejurando, quod scriptum est, confirmarit, & res agatur contra heredes: veluti si certis rebus enumeratis jurans subjecerit, se nihil amplius in bonis habere, nihilque amplius sibi à quoquam deberi. Hîc sive ex heredibus unus rem aliquam possideat, quæ dicatur esse hereditaria, & ob id à coheredibus in judicium familiæ erciscundæ vocetur, sive heredes in universum ab extraneo possessore rem vindicent, nocebit petentibus jusjurandum testatoris. Idem dicimus si ab extraneis debitoribus quid petatur. Quænam igitur instrumenta vim eam probationis, quam diximus, habent? Solum ea, quæ scripta sunt, aut profecta ab eo, contra quem *n* proferuntur. Et siquidem is fateatur à se suove consensu scripta esse, res expedita est. Sin negabit: hîc demum quærendum, quæ sit vis instrumenti ad negatem convincendum. Sic habe. Interest, utrum instrumentum, quod profertur, authenticum sit, an ex authentico transcriptum: & si

h l. 13. l. 16. l. imperatores. 29. §. 1. de prob. l. 1. C. si min. se maj. Don. ad l. 14. C. de prob. n. 2. & 3. & bis[?] professionib. tam diu statur, donec probetur contrarium. ut C. seq.

i d. l. 29. in pr. Cujus ratio est, quod non aut tam omnino agnoscat liberos non suos, aut timere putet, ut, qui non suos negent. l. un. in l. 6. C. de testib. n. 10.

k l. 5. & 2. seq. C. de prob. l. 2. C de testib. nam exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. l. 7. C. de prob.

l l. 6. C. de prob. usu tamen receptum, ut mercatoribus proferentibus libros rationum hactenus fides habeatur, ut iis, quasi semiplenè probassent, deferri possit jusjuramentum suppletorium: dummodo libri in debita forma scripti, & data & accepta contineant. Gail. 2. obs. 20. Masc. concl. 975. & seq Menoch. 2. arb. ca. 21. & 2. seq. Althus. lib. 3. C. 43. n. 24. & seqq.

m dd. ll. 6. & 7. C. de prob. exceptio, quæ sequitur, subjecta est d. l. 6. in auth. quod obtinet. ad quam vid. Don. & Sichard.

n Modo debita requisita adsint, de quib. mox & cap. seq.

authenticum, utrum publicum, an privatum: postremò si publicum, utrum ex iis, quæ per excellentiam publica appellari diximus, an forense à tabulario publicè confectum. Principio quodcunque instrumentum profertur, id nisi authenticum sit, adversarium non tenet. Ex indice aut exemplo nemo ne à fisco quidem rectè *o* convenitur. Res dubitationem non habet, si exemplum neque à debitore descriptum sit, neque ejus mandatu ab alio: nam res inter alios acta alteri nocere non debet. Sed quid si ipse debitor descripserit, aut alius ejus voluntate? Adhuc idem dicendum *p* videtur, nisi fortè ipse debitor fateatur, se id pro authentico *q* habere. Sed hæc ad exempla privata pertinent. Publicati exempli fides eadem, quæ instrumenti *r* authentici. Hinc chirographa in inventarium auctoritate publicâ relata & descripta fidem *s* faciunt: & tamen ne hæc quidem ipsa aliter recipiuntur ad fidem, quam si casu authentica perierint, qui probetur ab *t* eo, qui exemplo utitur. Ergo ad authentica semper recurrendum est. Hìc eorum fides maxima atque inconcussa firmitas, quę publicâ auctoritate confecta sunt, ita ut nec testes desiderent, nec testibus aliisve probationibus privatis, aut non eandem auctoritatem habentibus refelli possint. *u*

o l. 2. de prob. ubi hujusmodi scripturas meritò calumniosas appellat Paul, quia si qua rasura, cancellatio, vitiumve in authentico appareat, ex illis non ita deprehendi potest. convenit auth. si quis. C. de edend. ubi DD. VVes. par. hîc. n. 6. exceptiones aliquot hujus regulæ reperies apud Covar. pr. q. 21. n. 3. & seqq. Masc. concl. 9 27. Mynf. 6. obs. 73. & 2, seqq. & summatim apud Althus. d. lib. 3. c. 44. n. 20. & seq.

Minus firmitudinis habent, quæ à tabulariis conficiuntur: nam & testium privatorum præsentiam desiderant, & eorum fides in dubium vocari potest. Sed tamen major eorum ritè confectorum auctori-

p Quamvis Bartolus differat pro authentico id habēdum esse & adversus debitorem fidē facere. Don. in d. auth. si quis. n. 2. *q Tunc enim debitorem confessioni suæ stare oportet. l. 13. C. de non num. pec.* *r l. 2. C de testam. eadem cum originali authoritas. ca. ult. X. hoc tit. ubi & publicandi instrumenti formam habes.* *s l. chirographis. 57. pr. & ibi Gloss. ff. de adm. tut.* *t d. l. 2. C. de testam. quod & significatur in d. l. chirographis. Don. in d. auth. si quis, C. de edend. n. 6.* *u l. in hac sacratissima. 30. & seq. C. de don. l. ult. C. de re jud. l. 15. ff. de prob. Don. in l. 15. C. hoc tit. Masc. concl. 975. n. 34. & seqq. & paratam habent executionem: unde guarentigiata & confessionata vocant.*

tas,

tas, quam instrumenti merè x privati. Id quod quatuor ferè in rebus cernitur. Nam primò instrumentum tabularii partium subscriptionem y non requirit. 2. fides ei in dubio habetur, quamvis is, adversus quem profertur, neget mandatu suo scriptum z esse. 3. si uni res pignori obligata sit instrumento privato, alteri postea publicè confecto, posterior creditor a potior habetur. 4. si mulier pro aliquo intercedens instrumento tabularii confiteatur, se eo nomine accepisse pecuniam, valet intercessio, sin privato, instrumentum non b nocet Sanè in una re instrumentum tabularii fidem non magis facit, quam privata confessio, si quis adversus confessionem suam exceptione non numeratæ pecuniæ c utatur: quia hæc non adversus fidem & auctoritatem scripturæ, sed adversus confessionem pecuniæ numeratæ comparata est. Non aliter autem instrumenta forensia ad probationem valent, quam si ritè facta fuerint, nec eorum fides in dubium vocetur. Ritus d hic positus in persona scriptoris, in forma instrumenti, & testium præsentia. Personam scriptoris oportet esse publicam, seu eam, quæ scribendis instrumentis publicè operam præstet: quæ personæ in usu juris tabularii aut tabelliones appellantur, nunc vulgò notarios vocant. Possunt utique & per ministrum e conscribi, sed ea approbationem & subscriptionem ipsius tabellarii desiderant. Forma partim cum privatis instrumentis com-

x Obiter hic moneo, me eo scripturam, quæ habet subscriptionē 3. testium fide dignorum, esse quidem & ipsam privatam, sed propter effecta, à DD. publicā dici VVes. n. 2. par. hic. Covar. pr. q. 22. n. 4. Sicb. in l. 11. C. qui pot. in pign. n. 21.

y Nusquam n. hæc desideratur, ut in instrumento privato. Vitiū a testium subscriptio necessaria quæritur. Negat & communem dicit Covar. pr. q. 20. n. 4. & de usu etiam testatur VVes. n. 5. par. hic. invaluit tamen ut notarii majoris cautionis gratia cureent, ut testes subscribant.

z Vt colligitur ex l. cum precibus. C. de prob. ubi DD. a *Species est in l. 11. C. qui pot. in pign. Covar. d. loc.* b *l. antiqu. 23. in pr. C. ad senat. Vell.* c *l. contractum. C. hic. exemplum est de dote, quam maritus instrumentis dotalib. sibi numeratam esse confessus est, in l. 1. & ult. C. de dot. caut. non num.* d *Vulgò hæc inseri solent: Invocatio nominis Divini; annus partæ salutis; mensis; dies; tempus regnantis principis; indictio; locus rei gestæ; nomen notarii rogati & requisiti specialiter; ejusdem subscriptio & subsignatio; præsentia 2. aut 3. testium à notario rogatorum. Prælegitur quoque & explicatur instrumentum coram partibus & testibus. Verum nec usus noster omnia hæc in omnibus instrumentis recepit, & quædam de jure communi non videntur necessaria. Covar. d. C. 20. VVes. d. n. 5. Sich. in rub. C. hoc tit. n. 7. Althus. d. loc. n. 13.* e *Vt significatur in Nov. de instr. caut. & fid. 73. C. 7. §. in his verò.* f *Semper n. instrumentum tabularis exigimus, id est, ejus personæ, quæ publico munere in ea re fungatur. Don. in l. 15. C. hoc tit. n. 25.*

munis est, partim hujus propria & peculiaris. Communis est, ut si quis fatetur se debere, fateatur expressâ *g* causâ, ex qua debeat: causâ debendi omissâ non magis ex his, quam ex privato instrumento debitum probari potest. Propria consistit in tempore & loco, quo & ubi res gesta est, tũ in duorũ aut trium *h* testiũ præsentium nominibus: quorũ omissio privatam scripturã non vitiat. Non sufficit ritus ad vim instrumenti forensis, si id in dubium vocetur. Quod si fiet, requirendi tabularius & testes, si eorum copia sit, consulendique ille an scripserit, hi an interfuerint. Ajentibus omnibus certò constat instrumenti fides. Idem est, si aut testibus mortuis, aut cum eorum nulla copia esset, tabularius instrumentum à se scriptum esse affirmaverit: aut si per ministrum scriptum dicat, ille quoque requirendus *i* est. Sed etsi adsint testes & interrogati dicant, se non interfuisse: non tamen continuò fidem instrumenti suspectam faciunt. Refert enim, utrum qui hoc dicunt, sint ex numero testium necessario, an extra eum. Si ex necessariis, hîc vacillat fides instrumenti, tametsi vel unus tantum è pluribus hoc dixerit. argumento est, quod uno teste testamentario sigillum suum non agnoscente tabulæ testamenti *k* suspectæ fiant. Si verò non necessarii sint, qui negent se interfuisse, quotcunque ii erunt, tamen fides instrumento constabit, si necessarii dicant se interfuisse. Nam quoties plures testes incidunt, qui in suis affirmationibus sunt singulares, non magis fidem faciunt, quam *l* unus. Tabellario autem & ipso diem functo consulendæ sunt chartæ ejus, & videndum num inter eas *m* protocollum extet: si nullum reperiatur, *n* comparatio

g Nam si id exigimus in instrumentis privatis, ubi brevius omnia aguntur. l. 25. in fin. de prob. multò magis in publicè confectis à perito notario.

h d. No. 73. C. 7. arg. l. 14. C. de cont. stip. aut etiam plurium, prout res postulat, in testamento. 7. in codicillis 5. &c. Gloss. in d. No. C. 4. Menoch. 2. pres. 82. Masc. conc. 4 n. 26. & concl. 1099 n. 8. & 9. Pet. Greg. synt. 48. 14. n. 10.

i Hac in d. C. 4. & C. 7. in pr. & §. in his verò.

k l. 1. §. ult. quemad. testam. ap. non obstat, quod testimoniũ unius testis fidẽ non facit: nã in proposito nõ ideo suspectũ fit instrumentũ, quia testis testimonium dicit, sed quia non dicit, seq; præsentem fuisse negat.

l Ut bene scriptum est in C. cum dilectus. X. de elect. sumtum ex l. 9. C. de testib. Don. in d. l. 15. C. hoc tit. n. 30. diss. tamen Bart. ibid.

m Protocollum est summaria quædam gesti actus annotatio memoriæ causa facta, unde postea instrumentum in forma conficitur. V. gl. in § antep. Inst. de test. ord. n. 9. VVes. par. hic. n. 2. De eo plura vide apud DD. citates ab Alibans. lib. 2. C. 42. n. 49.

n Quæ quid sit, quibusque conditionibus admittatur, accuratè post Gloss. & DD. docet Don. in l. comparationes. & auth. seqq. C. hoc tit.

lite-

literarum adhibenda eſt ex aliis ejus ſcriptis, ut ex collatione appareat, eademne manus ſit, an diverſa. Sed & ſi quæ erunt teſtium aut contrahentium ſubſcriptiones, cum his aliæ quoque eorum ſcripturæ conferentur. *o*

Non temerè autem comparatio literarum admittitur: ſed qui eâ uti volet, jurare jubetur, ſe neque lucri causâ, neque inimicitiis aut gratiâ tantum comparationem facere; nihil neque in inſtrumento, quod profertur, neque in eo, ex quo comparationem petit, machinatum eſſe: denique cæteris omnibus probationibus deſtitutum ad comparationem *p* venire. Sed nec omnia inſtrumenta, ex quibus probatio per comparationem ſcripturæ petitur, ad hoc idonea habentur, ſed tantummodò forenſia & publica: privata verò non aliter, quam ſi trium teſtium habeant *q* ſubſcriptiones. Poſtremò nec quævis inſtrumenta, quæ comparatione aliorum probare volumus admittuntur, ſed ea tantum, quæ confecta ſunt de re libram auri non excedente: item quæ in agris confecta ſunt de quavis ſumma. In reliquis comparationi non creditur, niſi *r* argumentum quodlibet adjiciatur. Hæc autem omnia tam diligenter de comparatione literarum cauta ſunt, propterea quod ea prudentibus ſemper ſuſpecta viſa fuit. Fieri enim poteſt, ut ſimiles ſint ſcripturæ non ejuſdem auctoris: fieri etiam poteſt, ut ſint diſſimiles ab eodem auctore exaratæ. Nam & eſſe, qui alienam manum mirâ arte imitentur, notum eſt, & eundem non eodem ſemper modo aut velle ſcribere aut poſſe. *s*

Cæterum adverſus inſtrumenta tabulariorum ita confirmata nihilominus contraria probatio *t* admit-

o Nov. 73. C. 7. §. quod ſi tabellio. Don. in l. judices. C. hoc tit. n. 4.

p d. l. comparationes. d. No. 73. C. 7. in pr. & §. 1. Don. d. loc. n. 12. Sich. ibid. n. 4. & 5.

q Chirographa aliave privata instrumenta hoc non pertinent. d. l. comparationes. Quid ſi reus fateatur chirographum à ſe ſcriptum eſſe, & conſentiat, ut ex eo comparatio fiat: anne ſic quidem comparatio admittetur? puto admittendam cum Don. d. loc. n. 8. & ſeq.

r Hac in d. No. 73. C. 8. & 9. d. auth. at ſi contr. C. hoc tit. argumentum a. intellige teſtes, ut declarat d. No. unde hic locus deſumtus.

s d. No. in præfat. & C. 3. ubi inſigne exemplum. Don. in d. l. comparationes. n. 3. & in d. auth. at ſi contr. n. 1.

t l. cum precibus. 18. C. de prob. & arg. l. non debet actori. de R. I. Don. in d. l. 18. n. 6. & ad l. 15. C. hoc tit. n. 36. convenit. l. 14. C. de cont. & com. ſtip. & ibi Sich. n. 16. vide plenè Covar. pr. q. 20. n. 6. Salic. in l. 15. C. hoc tit. n. 4. & ſeqq. Ferrar. in form. opponent. inſtrum. adde Dambhoud. prax. civ. C. 174.

titur. Nam si actori proferenti tale instrumentum, ad id confirmandum testibus uti licet, utique & reo permittendum est, uti testibus ad id refellendum. Refellendi ratio eadem, quæ in privatis. Itaque quæ huc pertinent, ex cap. sequenti assumi possunt.

CAP. XXVIII.

Quæ instrumenta privata & quatenus fidem faciunt.

INstrumenta privata ex omnibus minimam auctoritatem habent: nam nec fatentem reum semper tenent, & contra negantem non simpliciter fidem faciunt: postremò in universum omnia refelli possunt. Ut fatentem teneant, tria requiruntur: ut scripta sint ab eo, qui fatetur, aut si ab alio scripta sunt, subscriptionem ejus *u* habeant: ut fateatur adjectâ causâ, propter quam debeatur, veluti ex causa emtionis certæ rei, aut mercis. &c. Nam causa debendi non adscriptâ, instrumentum ad probandum debitum *x* inutile est: ut non agatur de pecunia numerata: nam adversus hujusmodi confessionem prodita est confitenti intra certa tempora exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ onus probandi transfert in *y* creditorem. de quo plura diximus alio in loco. Si neget instrumentum à se scriptum esse, ne sic quidem instrumentum privatum fidem facit: sed is, qui profert, docere debet, id ab eo aut mandatu ejus scriptum esse: idque aut testibus, nunc paucioribus nunc pluribus, juxta distinctionem *z* novæ legis: aut comparatione literarum prolatis aliis, quas constet ab eo scriptas esse, de quo plenius dictum cap. præcedenti.

Atque hoc modo fide instrumenti adstructâ, privatum instrumētum adversus eum, contra quem profertur, tam fidem facit, quam si publicum esset, aut à ta-

u l. 11. C. qui pot. in pign. Inst. de emt. & vend. in pr. ut a. tempus aut locus adjiciatur, aut si ipse cōfitens scripserit, etiam subscribat, non est necesse. Gloss. in d. l. 11. l. pen. §. 1. ff. de pign. *x* l. 25. § ult. de prob. l. 13. C. de nō num. pec. concordat. C. si cautio. cum Gloss. X. hoc tit. Cæterum in civitatibus, in quibus frequentes mercatores negotiantur, etiam ex obligatione non causata jus reddi solet, ex statuto aut consuetudine Damhoud. pr. civ. C. 175. n. 14. *y* Tot. ferè tit. C. de non num. pec. vide lib. 2. C. 33. *z* d. No. 73. C. 1. 2. & ult. Don. in l. 15. C. hoc tit. n. 12. Sichard. ibid. n. 6.

bellione

bellione publicè *a* confectum. Sed hactenus tamen, ut nihilominus refelli *b* possit. Refellendi ratio duplex; ut dicatur vel falsum esse, & non scriptū ab eo, à quo scriptum dicitur; vel falsam habere confessionem: quia etsi scriptum sit ab eo, à quo scriptum dicitur, falsa tamen sit ejus confessio. Principio falsitas instrumenti ostendi potest, si dies & locus in eo adjecti sunt, & is, à quo scriptum esse dicitur, contendat se *c* eo die alio loco fuisse. Id autem probare potest aut testibus, qui dicant se hunc, de quo quæritur, eo die vidisse alio in loco (tot autem testes sufficere *d* existimo, quot actor in contrarium produxit) aut instrumentis alio in loco eodē die à *e* tabulario cōscriptis, rem cum eo, de quo quæritur, aut præsente eo gestam esse testificantibus. Confessione quoque adversarii constare de instrumenti falsitate potest, non solum si is in jure apertè confessus sit, id falsum esse: sed etiam si solum dixerit, se instrumento nō usurum, idque *f* apud acta contestatus sit tunc, cum instrumenti fides in dubium revocaretur. Sed & idem sententiâ judicis constare potest, si instrumentum, de quo agitur, falsum pronunciatum est. Cæterum hoc ita, si sententia lata sit adversus eum, qui instrumento utitur: secus est, si *g* alius nunc eo utatur. Ad extremum & hæc expedita ratio refellendi instrumenti est, si diversæ scripturæ inter se pugnātes ab eadem parte proferantur. Hîc enim quia altera alteri *h* fidem derogat, neutri fides *i* habetur. Res est in promptu, si utrumque

a l.11.C. qui pot. in pign. d. l.13. C. de non num. pec. Ferrar. in form. opponēd. cont. instr.

b *l. cum precibus. C. hoc tit. etiam jam ante approbatum, modò ante litem finitam, si nec res judicata sit, vel si adhuc appellari possit, aut victus in integrum restitui. l. ult. C. eod.*

c *l. optimam. C. de cont. & comm. stip. atque hoc modo obliquè instrumentum refellitur. Potest & directò. E. C. Instrumento cōtinetur, donationem alicui esse factum, testes deponūt de venditione. Sich. in d. l. optimam. n. 20.*

d *Cum Don. in d. l. 15 C. hoc tit. add. Sich. in d. l. optimam. n. 35.* e *Publicè n. confecta esse oportet, ut fides iis constet: nam domestica scriptura fidem non facit, neque etiam ab alio scripta, cum sit scriptura unius testis. l. jusjurandum. C. de testib.* f *l. 3. C. hoc tit. Ex quo collegimus, si extra jus idem fecerit, contestationem non obstare, quominus instrumento postea utatur. Bart. in auth. jubemus. C. de jud. nisi ad contestationem accesserit conventio per vulg. Don. ad d. l. 3. n. 9.* g *l. 2. C. hoc tit. ratio in tit. C. res inter alios act. & jud. al. non noc.* h *Non idem est, si quis plures testes producat, qui inter se dissentiant: nam honestioribus fidem haberi placuit, aut vero proximiora deponentibus. l. 21. §. ult. de testib. Cur tam variè? Dicam infr. C. 33. in fin.* i *l. 14. C. hoc tit. tametsi proferens docere velit, unam tantum veram esse. Nam qui duo instrumenta inter se pugnantia profert, is utendo utrumque probat, probando facit, ut utrumque adversus se valere debeat: quod si valet, utrumque alteri fidem derogat, non tam vi suâ, quam approbatione utentis. Don. in d. l. 14. n. 1.*

instru-

instrumentum, quod profertur, privatum est. At quid dicendum, si ab eadem parte proferatur instrumētum publicum à notario confectum, & alterum huic contrarium privatum? Et magis est, ut & hîc neutri fides haberi debeat. Ad rem non pertinet, quod publicum majoris fidei est, quam privatum: hoc enim verum est, cum utriusque auctoritas per se spectatur: non cum utrumque approbatur ab eo, adversus quem profertur. k

Altera refellendi instrumenti ratio est, si quis de scripturæ fide confessus dicat, confessionem suam esse falsam. Nam etsi generaliter traditum sit, unumquemque confessioni suæ stare oportere: tamen quia multis modis accidere potest, ut falsa sit confessio, placet eū, qui hoc probare paratus sit, audiendum esse. Primò fieri potest, ut metu coactus quid promiserit, quo casu exceptio ei prodita l quod metus causâ. Metus autem rectè testibus probatur. Fieri item potest, ut aliud revera actum sit, aliud scriptum instrumento, dum contrahentes id agunt, ut unum agatur, alterum simuletur: quo probato, placet valere quod actum m est, nō quod simulatè conceptum. Finge placuisse in instrumento scribi, fundum donatum esse, qui revera emtus erat: donatio non est, quia falsum instrumentum non valet: sed erit & valebit emtio, quæ revera gesta n est. Nihil ad rem pertinet quod dicitur, conventioni standum esse: non enim convenit, ut ei instrumento staretur, sed solum ut scriberetur veri, quod gestum est, tegēdi causâ: quæ simulatio veritatis substantiam mutare non o potest. Etsi verò id, quod revera gestum est, in instrumentum collatum non sit, non eo minus tamen per se valet, si aliunde p probari potest. Accidit quoque non-

k Nam privata scriptura perinde probat adversus proferentem, ac scriptura publica, ita ut quo ad præjudicium proferentis inter privatam & publicam nulla sit differentia: sed si qua est, ea est in modo probandi adversus alium. Cyn. Ang. Castr. Sich. & comm. DD. in d. l. 14. contra Gloss. quā sequitur Bald.

l l. 9. §. 3. quod met. ca. §. Inst. de exc. tot. tit. de dol. & met. exc. vide lib. 2. C. 53.

m Tit. C. plus valere quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Quæ rubrica cum habeat perfectam sententiam potest allegari pro lege aut regula.

n Sic emtio fit aliquando pignoris vel mutui causâ, cum pacto de redimendo. l. 3. C. de tit. l. 3. §. 3. ff. de senat. Mac. qua speciè simulationis utuntur fœneratores, teste Castr. in l. 1. C. d. tit. nimirum ut usuras percipiant tanquam fructus rei venditæ: nam ex mutuo usuræ peti non possunt, & fructus rei pigneratæ creditor in debitum computat. l. 2. C. de pign. act. Hîc ergo non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicimus. C. illo vos. X. de pign. C. ad nostram. de emt. & vend.

o Ut dicitur in l. 2. C. d. tit. plus val. quod ag.

p l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. hoc tit.

nunquam

nunquam, ut quis indebitum per errorem promittat. Hic is, qui promisit adversus petitionem ex chirographo exceptione doli tutus erit. Errorem autem non testibus probare, sed duntaxat q instrumentis potest. Finge hoc modo: hæres errore ductus cavit legatariis, se cētum, quæ iis ex testamento debeat præstaturum. Prolatis testamenti tabulis apparet 50 solum legata esse. Rectè dicet hæres, se 100 indebita r promisisse. Denique etiam accidere potest, ut quis adseveraverit aut professus sit, aliquem filium suum esse, qui filius nō sit. Hæc confessio etsi in re dubia fidem adversus confitentem facit: tamen non prohibetur quandoq; contra professionem suam venire, & probare filium suum non esse, quem professus s est. Nihil hîc facit affirmatio nostra aut confessio: quippe quæ efficere non potest, ut filius sit, qui à nobis genitus aut adoptatus non est. Magis movere posſit, quod professiones, quoniam actis publicis insinuantur, sint monumenta publica: ac proinde contrariis testimoniis infirmari non posse videantur. Et negari non potest, quin tabulæ professionum acta sint publica: sed hactenus sunt publica, quatenus t publicè aliquid testantur, puta L. Titium illo die filium illum suum professum esse: ceterū affirmatio illa & professio parentum tota privata est. Illud postremò arctè tenendum, in dubio si nullum vitium instrumenti appareat, instrumento standum esse. u

q l.13. C. de non nu. pec. l. cum de indebit. in fin. ff. de prob. & ib. Gloss. C. cum per tuas. X. eod. tit.

r Testes a. in hac specie natura sui non admittit, cum nulli testes divinare aut affirmare certo possint, quo animo promissor quid caverit & an scireret se debere, an non.

s Don. l. in 15. C. hoc tit. n. 19. & in fin. Sicb. in d. l. 13. C. de non nu. pec. n. 1.

t L. imperator. §. ult. ff. l. 13. & l. 14. C. de prob. & ibi DD.

t Puta quatenus præfectus aerarii vel tabularii in provinciis in actis testabantur professionem esse factam.

u l. cum precibus. C. de prob. l. optimam. C. de cont. & comm. stip. cum ib. notat. Porro de probatione per Instrumenta videri potest Menula noster lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 19. C. 1. & 6. seqq.

De testibus.

CAP. XXIX.

Qui conditione personæ testes esse prohibentur.

AC de prima quidem specie directæ probationis, quæ per instrumenta fit, satis dictum arbitror.

tror. Proximum eſt, ut nos conferamus ad alteram, quam teſtibus fieri † ſuprà diximus. Sunt autem teſtes perſonæ, quæ interrogatæ dicant, aliquid factum eſſe, aut non eſſe. Loci, quibus hæc tractatio continetur, in ſumma duo: unus eſt de fide teſtimonii; alter de teſtium in judiciis uſu. Primus latiſsimè patet. In eo quædam in perſonis teſtium ſingulorum eorumque dictis ſpectanda: quædam in numero, & depoſitione plurium ſimul. In perſonis, ut ſint idonei. quales omnes intelliguntur, qui teſtimonium dicere non x prohibentur. Proinde his cognitis illi ignorari non poterunt. Eorum igitur, qui prohibentur, tres ſunt y claſſes. Prima eſt eorum, quibus teſtimonii dictio ob ſolam conditionem perſonæ ſimpliciter interdicta eſt: ſecunda eorum, qui & ipſi conditione perſonæ minus idonei habentur, ſed non ſimpliciter, nec in omni cauſa: tertia continet eos, qui cum per ſe idonei ſint, removentur ob ſolam perſonam eorum, pro quibus, aut in quos dicunt.

Conditione perſonæ jus dicendi teſtimonii denegatum eſt. 1. Ob ætatis & judicii infirmitatem z impuberibus, maximè infantibus & infantiæ proximis: nam eorum, qui ſunt pubertati proximi, teſtimonio non ſimpliciter in omnibus cauſis fides videtur a deroganda. 2. Ob animi morbum, mente captis & b furioſis: ut tamen in iis, qui non furore perpetuo, ſed cum intermiſſione laborant, ratio dilucidi inter valli c habeatur. 3. Ob ſtatum perſonæ, ſervis: quos tamen interrogari poſſe placet, & reſponſo eorum credendum, cum alia ad veritatem eruendam probatio non eſt: quanquam nec hoc receptum, niſi cum aut de facto ſuo interrogantur, aut alieno adverſus

† Iis, qui foro parantur, utile erit in hoc argumento, conſuluiſſe Mernl. d. ſect. 4. tit. 18. c. 1. & ſeqq.

x Arg. in l. nec non. §. 2. ex qu. ca. majorum & edictum de teſtibus prohibitorium eſt. l. 1. §. 1. ff. hoc tit.

y Hæc diſtinctio nobis ad docendum, commodiſsima viſa eſt, eademque ferè utitur Juſt. Reuber. p. 1. meth. trad. de teſtib. & deſumta eſt ex Calliſtrato. l. 3. hoc tit.

z d. l. 3. §. lege Julia. Reub. d. loc. n. 4. & ſeq. ubi etiam alias hujus prohibitionis cauſas reperias: ut meritò reprehenſa ſit ſententia Seniani Rhetoris apud M. Senecam lib. 7. qui dixiſſe fertur, nihil eſſe teſte puero certius.

a Arg. l. 19. hoc tit. junct. l. 34. §. 2. & l. 26. pr. de jurei. Cæterum judicis erit exiſtimare, quantum huic teſtimonio ſit tribuendum: quod etiam innuit Nellus à S. Geminiano p. 1. tr. de teſtib. n. 21. Quæſtionis eſt, an pubes factus teſtari poſſit de eo, quod vidit in ætate pupillari. Qua de adi Campeg. hoc tr. reg. 150. Reub. d. loc. n. 11. & ſeqq.

b l. 20. § 4. qui teſtam. fac. facit l. 5. de R. I.

c d. l. 20. § 4. & arg. l. cum furioſus. 39. de judic. Reub. d. loc. n. 17.

exteros:

exteros: nam pro domino aut adversus dominum interrogari non possunt; præterquam in crimine adulterii, fraudati census, & læsæ majestatis: in cæteris autem criminibus non aliter, quam si aliæ quoque probationes *d* suppetant. Ad hanc eandem classem pertinent, quos infamia & vitæ turpitudo indignos facit, quibus fides habeatur. quo in numero sunt, qui in vinculis custodiave publica *e* habentur; qui judicio publico damnati, nec restituti sunt; qui ad bestias, ut depugnaret, se locavit; quæ palam corpore quæstam facit fecitve; qui ob testimonium dicendum, vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus vel convictus *f* est; qui propter vitæ turpitudinem senatu *g* moti; qui ob carmen famosum lege Corneliâ *h* intestabiles esse jubentur; denique hæretici, qui inusitatâ hæresi, & quæ cum perpetua infamia conjuncta est, infecti & contaminati sunt, quales sunt, quos vel pagana superstitio vel Manichaïcus aut Borboritarum & *i* similium furor detinet. De reis publici judicii quæsitum, an & ipsi à testimonio removendi sint. Et magis est, ut nemo removeri debeat ante damnationem: cum non accusatio aut criminis objectio infamen faciat, sed *k* sententia.

Longius tamen hîc progreditur jus Canonum, & ipsos etiam criminum reos, quamvis nondum in fames, arcet: quod ex sententia & errore interpretum in *l* Decretales manasse verisimile est. Porro etsi infames omnes in ea causa sunt, ut minor fides iis haberi debeat, quam iis, qui sunt integræ famæ: non omnes

d Vide l. 8. l. 11. C. l. 6. & l. seq. ff. hoc tit. l. 1. C. de quæst. ad de Dep. ad d. l. 8. Reub. d. loc. n. 45. & seqq.

e Hoc ideo, quia veteres neminem in carcerem publicum conjiciebant, nisi quem grave aliquod facinus admisisse constabat l. 3. & 5. ff. l. 2. C. de cust. & exh. reor. Hinc igitur non sequitur, quosvis criminum reos statim repellendos esse à testimonii dictione ante damnationem. de quo mox.

f De his omnibus cautum lege Juliâ de vi. d. l. 3. §. l. Juliâ hoc tit.

g l. 2. de senat. Hanc a. prohibitionem, ut & præcedentes ad judicia tantum publica pertinuisse censet VVesenb. par. hoc tit. n. 3. arg. d. l. 3. §. lege Julia. & l. 14. eod. Ex mente tamen Justiniani generaliter valere oportere. *h* l. ob carmen famosum 21. hoc tit. l. 18. §. ult. qui test. fac. l. 5. si quis. de injur. *i* Ut Montamsitarum, Samosatianum, Tascodrogitarum & Ophitarum. l. 21. C. de hæret. & Manich. *k* l. 7. de pub. jud. l. 14. & seq. hoc tit. d. l. 3. §. lege Juliâ. quæ de damnato omnes loquuntur. & arg. l. 1. C. ex quo cā. inf. l. 8. §. solem. de pœn. nec obstat l. 20 hoc tit. quæ accusatum à testimonio non prorsus repellit, sed citari non oportere ait id est, cogi, ut testimonium dicat, ne forte cujus odium in se convertat. *l* C. ult. X. hoc tit. Don. ibid: C. 1. quamvis Reuber. d. loc. n. 18. sententiam Canonistar. etiam jure civili consentaneam esse putet.

tamen

tamen ſimpliciter à teſtimonio *m* rejiciendi ſunt: illud à religione judicis totum pendet, qui optimè ſcire poteſt, quanta fides cuique habenda ſit: hoc poſitum eſt in ſola juris auctoritate. niſi dicamus notatos omnes ex nova Juſtiniani cōſtitutione arceri, quâ apertè exigit, ut omnes teſtes ſint *n* integræ famæ & opinionis. Quod probabiliter defendi poſſe exiſtimo in iis teſtationibus, quæ datâ operâ teſtibus corrogatis fieri ſolent: in quibus ſolis locum habet, quod Imperator ſcribit, ſatis magnam eſſe bonorum virorum copiam, ut neceſſe non ſit, quemvis ſine delectu arceſſere. quæ ratio in actibus fortuitis & repentinis *o* ceſſat. Illud conſtat, etiam infamiâ notatos aliquando admitti, ſi id conditio rei exigat, nec veritas aliter inveniri poſſit. *p*

Secunda claſſis paucos habet. Primum is, cui bonis interdictum eſt, in teſtamento teſtis eſſe *q* prohibetur, quod & ipſum argumento eſt, in aliis negotiis teſtimonium ejus non *r* ſimpliciter repudiari. Mulier quoque teſtis in teſtamento non recte adhibetur: uti neq; in inveſtitura feudi *s* probāda. In cæteris autem *t* cauſis omnibus fœminarum teſtimonia interpretes admittunt, quia in re conſuetudini publicæ libenter cedimus. Adhæc in quibuſdam cauſis etiam Judæis & hæreticis teſtimonii dictio denegata eſt, quod & ipſum præcipuè teſtium conditio effecit. De eo ſic cautum: Exceptis iis hæreticis, quos in totum repelli antè dictum eſt, cæteros à judicialibus tantum teſtimoniis removendos in cauſis Chriſtianorum: inter ſe autem & pro aliis adverſus alios teſtimonium dicere poſſe. Teſtamentaria quoque eorum teſtimonia & quæ in ultimis elogiis & contractibus conſiſtunt, propter utilitatem neceſſarii uſus, permittuntur. *u*

m Arg. d. l. 3. in pr. l. 13. hoc tit. adde Reub. p. 3. n. 10. & ſeq. Don. in l. 18. C. hoc tit. n. 8.

n Nov. de teſtib 90. C. 1. quod & ſimpliciter Defendit Don. d. l. c.

o Quæ diſtinctio eſt Reuberi. d. loc. & meo quidem judicio non abſurda.

p l. 21. §. 2. junct. l. 7. hoc tit. & l divus. de quæſt.

q §. teſtes a. Inſt. de teſt. ord. ubi DD. l. is cui. qui teſtam. fac.

r Neque n. tantam fidem meretur, quātam teſtimonium viri gravis & vita inculpatæ. l. 2. & l. 3. pr. hoc tit.

s d. §. teſtes a. Inſt. de teſtam. l. qui teſtamento. §. mulier. ff. eod. tit. l. ex eo. hoc tit. lib. 2. feud. tit. qui teſt. ſint neceſſ. ad nov. inveſtit. prob. 32.

t Non tantum in criminalibus, ſed etiam civilibus, nec in contractibus tantum; ſed etiam quavis ultima voluptate, excepto teſtamento. DD. poſt. Accurſ. in d. §. mulier. l. qui teſtamento. & in d. §. teſtes a. Specul. in §. 1. verſ. quid de codicillis. hoc tit. & Io. Andr. ibid.

u Hæc in l. 21. C. de hæret. & manich. add. Reub. p. 2. meth. trad. de teſtib. n. 94. & 3. ſeqq.

CAP. XXX.

Qui testes esse vetantur ob personam eorum, pro quibus aut contra quos dicunt. ac primum de his, qui ob spem lucri aut incommodi metum.

IN tertia classe ut plures sunt causæ prohibendi, ita major quoque numerus est prohibitorum. Summa huc redit, quod alios suspicio removet, alios pietas & reverentia. Suspectum testimonium reddunt hæc quinque; commodum testi propositum; incommodi metus; amicitia; inimicitiæ; & interdum fortuitus testis interventus. Commodum aut spes lucri testi proposita testimonium ejus maximè suspectum facit. Hinc duo genera testium improbata, corrupti, & unusquisque in re sua. Ob corruptionem testimonii eamque solam rejiciuntur ii, quibus, ut testimonium dicerent in præsenti lite, pecunia vel data est, vel cauta: verum an falsum dixerint, eove nomine condemnati sint, quod exigitur pecuniâ in alia lite acceptâ, non x quæritur. Eadem ratio facit, ut nemini in re propria testimonii dicendi facultas y concedatur. Propria autem cujusque res esse intelligitur, cujus commodum aut incommodum ad eum quoquo modo suo nomine z pertinet. Proinde nihil intererit, utrum illud commodum sit pecuniæ, an executionis pœnæ, an gratiæ, an laudis & existimationis. Pecuniarium commodum maximè rem propriam facit. Hinc hæres testis esse non potest in eo testamento, in quo hæres a instituitur. Ergo nec is, cui bonorum possessio secundum tabulas defertur. cuive restituenda est ex b fideicommisso hereditas. Et in universum quoties testis pecuniariter interest, eum vincere, pro quo dicit, testis idoneus non habe-

x l. si quis C. hoc tit. at si eum objiciatur, quod in alia lite ut testimonium diceres. pecuniam acceperit, ad hunc rejiciendum necesse est, dicet judicatum vel convictum esse accepisse l. 2. §. lege Iulia. hoc tit.

y l. omnibus. 10. C. nullus. ff. eod. ubi Gloss. & vulgò DD.

z Ad quem ferè modum definitur ab Vlpiano in l. 1. §. in propria. qui appell & notat Gloss. in d. l. omnibus. C. hoc tit. a § sed neque heres. Inst. de test. ord l. qui testamento. 20. ff. qui test. fac. diximus lib. 1. C. 34. b Nam & hi juris successores sunt. l. 2. de bon. poss. §. restituta. Inst. de fid. Her. Pet. Fab. in d. §. sed neque. Bald. 7. in l. 22. C. de testam. Remb. p. 2. n. 6. Io. Crot. hoc tr. p. 1. n. 31.

tur. Talis est fidejussor in causa debitoris: socius bonorum in parte socii, ubi in utroque eadem est causa defensionis: venditor in causa evictionis, quâ cum emtore agitur de re *c* vendita: singuli in causa universitatis aut collegii, cujus causæ commodum aut damnum ad eos pertinet; præsertim si agatur de rebus, ex quarum proventu collegæ aluntur aut salaria *d* percipiunt. Nihil ad rem facit, quod dicitur, res universitatis non esse proprias *e* singulorum: nam etsi non sunt in dominio singulorum, non eò tamen minus emolumentum earum ad singulos redire potest. Tales denique sunt generaliter omnes, qui testes adhibentur in eo instrumento, ex quo commodum sperant. Solis legatariis & fideicommissariis concessum, ut testes esse posint etiam in eo testamento, ex quo legatum aut fideicommissum *f* capiunt: fortè quia hæc commoda non propter testimonium principaliter ad eos pertinere incipiunt, sed per consequentiam aditæ *g* hereditatis. Commodum pœnæ exemtionis ad eos pertinet, qui sunt conscii & participes ejusdem criminis, quos idcirco placuit pro reo idoneos testes non esse, quia illius absolutio etiam his prodesse potest vel in totum, ut omninò non accusentur, vel ad speciem saltem *h* innocentiæ. Ad eos autem hoc non pertinet, qui sceleris admissi sponte indicium fecerunt & confes i sunt sperantes *i* impunitatem, multoque minus ad eos, qui studio laudis accensi initam prodidere factionem, quos etiam præmio donari principes voluerunt. Sanè qui captus tormentis adhibitis aut etiam sponte crimen confessus est, & alios indicavit, huic fides haberi non debet, quamvis ex judicio eius aliqua criminis suspicio nascatur. Gra-

c Sichard. in d. l. 10. ipsi. 9. n. 8. & in l. 11. ipsi. 10. n. 4. post Cyn. Bart. & Bald. Don. in dd. ll. n. 3 & n. 13. Crot. p. 4. n. 70. Reub. p. 3. n. 40. & p. 2. n. 104.

d Don. in d. l. 10. n. 3. & 4. Sed plenius distinguunt Sichard. in l. 6. ipsi 5. C hoc tit. n. 5. Reub. p. 2. n. 118. & aliquot seqq. & plenissimè omnium Farinac. quæst. 60. illat. 17.

e §. universitatis. Inst. de rer. divis. l. in tantum. §. 1. ff. eod. tit. l. 2. quod cujusq univ.

f l. qui testamento. pr. qui test. fac. §. legatariis. Inst. de test. ord. l. dictanti. bus. 22. C. de testam.

g Notavimus lib. 1. C. 34. lit. E. Adde tamẽ Reub. p. 2. n. 3. & 2. seqq. Campeg. hoc tr. reg. 84. Bachov. in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 4. lit. K.

h l. quoniam. 13. C. hoc tit. l ult. C. de accus. C. 1. X. de confess. C. veniens. X. hoc tit. Don. n. d. l. 11. n. 11. Sichard. n. 2. plenè Reub. p. 2 n. 98. & seqq.

i De his & proximè seqq. vide l. 1. C. de fals. mon. l. 5. §. ult. C. ad leg. Iul. maj. d l. ult. C. de accus. l. 16. §. 1. de quæst. Reub. d. loc. n. 100. & seqq. Campeg. reg. 86.

tiæ

tiæ commodum donatori acquiritur, cum res apud donatarium manet: proinde si quis rem donatam à donatario vindicet, in ea causa donator pro donatario testis idoneus non *k* erit, quamvis re evictâ non *l* teneatur. Etiam eorum res agi putatur, ad quos fructus aliquis laudis & existimationis redit. Hac de causa mandatis cautum, ne patroni in ea causa, cui patrocinium præstiterunt, neve executores & administratores negotiorum in eo negotio, cui operam præbuerunt, testimonium *m* dicant, quo etiam pertinent *n* proxenetæ & pararii, quorum interventu negotia & contractus inter duos promoventur. Horum enim omnium interest existimari, se rem bene atque ex fide gessisse.

Ob metum incommodi removentur omnes, quibus imperari potest, ut testimonium dicant. Eorum ferè genera duo; subditi alicujus potentis aut nobilis, item domestici. Primum subditi alicujus *o* potentis testes pro eo produci non possunt: meritò enim suspectum visum est testimonium eorum, quos justus metus est, falsum dicturos propter potentiam ejus, à quo producuntur, & incommodi, quo affici possint, vitandi causâ. Non minus suspectum esse debet testimonium domesticorum. Sunt autem domestici testes, qui producuntur de domo ejus, cujus potestati aut imperio subjecti *p* sunt. In potestate patrisfa. sunt, servi, filiifa. servi alieni vel liberi, qui ei bonâ fide *q* serviunt. Imperio ejus subditi, uxor, quæ & ipsa de familia ejus esse *r* dicitur, item qui

k Quia beneficiis sibi debitorem acquirit, & accipientem naturaliter obligat ad remunerandum. l. 25. §. consulvit. de her. pet. quod lucri genus est. l. si pignore. 54. §. 1. de furt. Don. ad l. omnibus. C. hoc tit. n. 6. Sich. ib. circ. fin. & DD. comm. teste Steph. Aufrer. hoc tr. n. 39 diff. Reub. p. 3. n. 43. ubi donatorem malè comparat cū venditore, cujus periculo evictio rōest. id quod bene vidit Alb. de Mal. loc tr. C. 3. n. 50.

l l. Aristo. §. ult. de donat. l. 2. C. de evict. nisi fortè de ea promiserit, vel rem alienam dederit dolo màlo. dd. ll.

m l. ult. ff. hoc tit. C. ult. X. eod. in 6. qua de re vide Reub. p. 2. n. 148. & seqq. Don. in d. l. omnibus. n. 7. & Sichard. n. 3.

n Nov. de testib. 9. C. 8. C. 1. X. de testib. in 6. Don. l. loc. n. 8. post DD. vulgò.

o l. 5. in verb. potentatui. C. hoc tit. & ib. Don. in fin. arg. l. 6. ff. eod. Neque tamen subditorum pro principe dicta in totum rejicimus, aut eandem vim tribuimus jurisdictioni, quam patriæ potestati: vide Alber. de Malet. hoc tr. C. 2. n. 43. & seqq. Reub. p. 2. n. 14. & seqq. Sich. in d. l. 5. n. 4. Ioan. Old. hoc tr. C. de pers. testium. n. 7.

p l. 3. C. l. pen. ff. hoc tit. junct. l. 25. §. 2. l. 31. §. idem Pedius, de ædil. edict.

q l. perspiciendum §. furta. de pœn. l. ult. §. pen. C. de his qui ad eccl. cōf.

r l. quicunque. C. de re mil. lib. 12. Reub. p. 2. n. 20. & multis seqq. ubi nec consentiente marito in eum testimonium dicere posse existimat. n. 29.

domi famulantur vel gratis, ut libertus in domo patroni degens, vel mercede conducti, ut famuli & coloni in villis: qui omnes in numero sunt *s* domesticorum. Causa suspicionis eadem, quæ in superioribus: quia credibile est, domesticos nihil facilè in dominum dicturos esse, ne ab eo malè accipiantur aut ejiciantur domo. In utroque tamen hoc genere dici potest etiam ex spe commodi suspicionem nasci, quia periculum sit, ne gratiæ à domino ineundæ causâ quidvis pro eo dicant. *t*

s l. 11. §. furta domestica. de pœn. l. ult §. pen. C. de his qui ad eccl. conf. Don. in l. 2. C. hoc tit. n. 11. & seq. Renb. d. loc. n. 67. & 2. seqq. Campeg. reg. 15. Nepos de Mont. Alb. n. 84 quod tamen non est extendendum ad eos, qui mercenarii olim fuerunt. Renb. de loc. n. 70. Neque etiam pertinet ad nostros colonos aut inquilinos, qui domestici non sunt. Renb. p. 3. n. 31.

t Hanc rationem reddit Don. in l. 5. C. hoc tit. priorem in d. l. 2. C. eod.

CAP. XXXI.

De amicitia atque inimicitiis: deque fortuitis testimoniis: itemque eorum, qui ob pietatem vel reverentiam non audiuntur.

AMicitia quoque testimonium suspectum facit: sed intima, & quæ efficiat, ut propè unus sit alter: qualis est inter parentes omnes & liberos, etiam eos, qui non sunt in potestate: unde & hi nominatim invicem testes esse *u* prohibentur. In cæteris intimam amicitiam non tam ex conjunctione sanguinis, quam ex magnis & mutuis officiis & assidua vitæ consuetudine *x* æstimabimus. Finge talem esse inter aliquos voluntatum conjunctionem, qualis inter Theseum & Pirithoum, aut Pyladem & Orestem fuit, non dubitaverim alterius pro altero testimonio *y* derogare fidem. Quæsitum est de duobus fratribus, an & ipsi ob hanc causam prohiberi debeant alter pro altero testimonium dicere. Et siquidem ambo adhuc sint in ejusdem patris potestate, testimonium eorum aliâ ratione improbatur, quia scilicet

u l. 9. ff. hoc tit. atque hoc verum est in infinitum & ad naturales quoque extendendum. arg. l. 4. §. 2. cum 2. ll. seqq. de in jus voc. Cæterum adversario consentiente non video cur testimonium liberorum pro parentibus, aut vice versâ non debeat admitti. diff. tamen Renb. p. 2. n. 18.

x Duar. in comm. post. hoc tit. C. 1. sect. 2. Renb. p. 3. n. 30. idque judicem ipsum expendere convenit. l. 3. pr. hoc tit. Gabriel. tit. de testib. concl. 11. n. 8.

y Vide de hac re Farinac. de testib. quæst. 55. inspect. 5.

z dome-

z domesticum est. Si emancipati ambo, alterum pro altero ex causa admiserim: quanquam tale testimonium ad fidem faciendam non magnum adferat *a* momentum. Quod si alter tantum emancipatus est, testimonium illius pro altero in potestate retento, aut hujus pro illo improbari debet ob personam patris, quæ eadem esse consetur cum persona filii in potestate *b* consistentis. Certum autem est, nolente adversario, neque patris testimonium pro filio emancipato, neque hujus pro illo in judiciis admitti. Ideo autem in judiciis adjicio, quia in testamentis pater filio emancipato, & hic illi, multoque magis fratri suo testis esse *c* potest. Quod & in aliis negotiis admitti debet, ubi unus de facto alterius ad tertii alicujus utilitatem testimonium perhibet. *d*

Habent èconverso & inimicitiæ justam causam *e* suspicionis: sed ut non quævis amicitia amici testimonium pro amico suspectum facit, ita nec quælibet inimicitiæ inimici contra inimicum: sed illæ solum, quæ vel vitam vel libertatem vel existimationem petunt, quas ex usu Latinorum uno nomine capitales appellare *f* possumus. Eas duabus ex causis arguimus; ex accusatione criminali; & ex vi atque injuria extra judicium nobis illata. Primum pro inimico habendus, qui accusationem de crimine adversus nos instituit, sive id crimen sit publici judicii, sive *g* privati: unde intelligimus omnem eum testem, ut inimicum rejici posse, qui vel vitam nostram, vel libertatem, vel existimationem judicio publico aut privato oppugnavit. Accusatori simillimus est, qui in capitali controversia antè in nos testimonium dixit: quamobrem & hic à testimonio iterum in nos dicen-

z §. in testibus. Inst. de testam. ord. junct. l. 3. alias 2. C. l. 9. l. 23. ff. hoc tit.

a Arg. l. 3. pr. ff. hoc tit. uberius de hac quæstione differūt Reub. p. 2. n. 48. & seqq. Farinac. hoc tr. quæst. 54. n. 84.

b l. ult. C. de imp. & al. substit. ita ut ubi unus, alter quoque esse videatur.

c Vigl. in d. §. in testib. Imo & filius non emancipatus patrem in testamento testem adhibere potest, cum de castrensi peculio testatur. l. 20. §. per contrarium qui test. Fac. d. §. in testib. Hoc ita tam variè, quia testamento adhibiti, non tam testatori, quā heredi testimonium dicunt. Reub. d. loc. n. 44.

d E. C. si pater vel filius alicui quid donet, & donationem testibus convocatis conscribi faciat. Illud certum est, nihil prohibere, quo minus plures ex una domo alieno negotio testes adhibeantur. §. 8. Inst. de test. ord.

e l. 3. pr. l. ob carmen, §. 1. ff. auth. si testis, & l. si quis testibus. C. hoc tit. l. comparationes. C. de fid. instr.

f l. licet capitalis. 103. de verb. sign. Reub. p. 2. n. 83. Don. ad d. auth. si testis. n. 5.

g Per d. auth. si testis. & ibi Sichard. n. 4. Don. n. 2. & 2. seqq.

do merito *h* arcebitur. Quod si verum est, quanto suspectius esse debet testimonium eorum, qui hoc modo læsi sunt, si adversus eos, à quibus læsi sunt, *i* producantur. Porrò quod in accusatore recipimus, id multò *k* magis recipiendum in eo, qui extra judicium vitam nostram, aut ea, quibus vita continetur, oppugnabit vi aut dolo, veluti si quis violentas manus nobis intulerit, vitæ nostræ insidiatus sit, atroci injuriâ nos affecerit, famam nostram conviciis aut scripto proscriderit: quorum proinde singula valere debent ad testem, ut inimicum, rejiciendum. Qui autem semel inimicus esse cœpit, tamdiu perseverare intelligitur, donec reconciliatio intervenerit: addunt *l* plerique donec controversia finita sit. quod non placet: nam quò perseverantiores inimicitiæ, eò graviores: quæ non minuuntur sententiâ judicis, condemnatione etiam augentur. De lite pecuniaria nihil hic definimus: sed relinquimus parti adversæ suo tempore & loco resutandi excipiendique potestatem. *m*

Postremò fortuita testimonia, ut suspecta reprobantur in iis causis, in quibus ut rogentur testes necesse est: veluti in testamentis, solutione, factæque solutionis confessione, pecuniæ depositione, & *n* divortio. Unde ne quid hìc excipi possit, usu & consuetudine obtinuit, ut in conscribendis testationibus & instrumentorum confectione testes corrogentur, atque hæc clausula semper adjiciatur, Testes rogatos fuisse. †

Ex his ferè causis testimonia suspecta fiunt, testesque ut suspecti repudiari possunt. Sunt, ut diximus, & qui ob solam pietatem aut reverentiam, quam de-

h l. produci. 23. hoc tit. C. meminimus. X. de accus. Duar. 1. disp. 29 Fesner. 2. select. 10. Renb. p. 2. n. 90. & DD. comm. diss. Budæ. ad d. l. 23. & Don. in d. auth. si testis n. 11. & seqq.

i Facius explic. in l. 1. §. cum quis de quæst. Atque ad hanc speciem prohibitionis d. l. 22. accommodans Budæ. & Don. d. loc. qui locum sic reponunt; Produci testes nō potest in reū, qui ante in eum (sc. testem & antè reum) testimonium dixit quam lectionem etiam probat Robert. 4. sent. 3.

k Nam judicium jure peragitur, ut sit jure agentis nonnulla exceptio: at vis & injuria extra judicium illata, nullam juris defensionem habent.

l Quos in errorem traxit vitiosa versio veteris interpretis Nov. cujus versionem item secutus est conceptor authenticar. in d. auth. si testis. desumta ex Nov. 90. C. 7. error est crassus, quem facile deprehendent Græcæ linguæ studiosi.

m Cum Renb. d. p. 2. n. 86. & seq. Si de omnibus bonis vel majore parte inter aliquos lis sit, eos à testimonio repellunt comm. DD. in l. 3. hoc tit.

n l. heredes. §. pen. qui test. fac. l. divus. 25. & ibi Accurs. in verb. convocatis. de mil. test. l. Pamphilo. 31. §. 1. de leg. 3. auth. rogati. C. hoc tit. Nov. eod. C. 2. Nov. de fid. instr. C. 1. l. 9 de divort. adde Renb. p. 3. n. 63. & 3. seqq.

† Neque tamen omissâ hac clausulâ vitiabitur instrumentum. ut bene contra Bart. Sichard. in d. auth. rogati. n. 3.

bent

bent iis, in quos producuntur, testimonium dicere vetantur: ut liberi in parentes, & vicissim parentes in liberos: in tantum, ut nec volentes invicem adversus se ad testimonium *o* admittantur: non utique ob suspicionem falsi, quod in patre adversus filium, aut vice versâ metui non debet: sed ne pietas amorque naturalis testimonio violetur. Eadem ferè ratione nec liberti testimonium contra patronum *p* admittitur, ne scilicet honorem & reverentiam patrono debitam testimonio suo lædat. At econtra in patrono nulla ratio est, cur volens adversus libertum audiri non debeat. *q*

o l.6. C. hoc tit. ubi Gloss. & DD. vulgò. Quid si filius volet testis esse, nec repugnabit pater? Officiũ boni judicis est, ne sic quidem filium admittere ad testimonium adversus patrem dicendum, ut rectè Io. Andr. in add. ad Specul. §.1. vers. id velit. Reub. p. 2. n. 32. Don. in d.l.6.n 1.

p Ne Volentis quidem. l.12. C. hoc tit. ubi non absurdè quid novi juris ab Impp. constitutum esse & oriori additum defendi potest, propter l 4. ff. eod. quidquid dicat Reub. d. p. 2. n. 187. An vasalli & quando contra dominum feudi testes esse possint, vide Sich. in d. l. 12. n. 3. Reub p. 3. n. 106. & seqq.

q Adeoque hoc testimonium gravissimum videri debet. Illud constat, si dicere nolit, non esse cogendum. d.l.4. hoc tit.

CAP. XXXII.

De singulorum testium depositione.

HÆc in testium persona spectanda. In dictis singulorum duo desideramus; ut res, de qua quæritur, ipsis sit cognita; ut ne varient, vacillent, aut sibi ipsi contraria dicant. Primò igitur, cum nihil nobis cognitum dici posit, quod quidem in facto consistat, nisi quod sensu corporis usurpavimus, apparet ad testimonii fidem non sufficere, si quis dicat se scire, nisi *r* causam scientiæ, eamque à naturali aliquo *s* sensu petitam, afferat. Ubi duo diligenter animadvertenda. Primum, ut sensus sit conveniens rei, de qua agitur: nam si res proposita solis oculis, verbi causa, dijudicari potest, non est idoneum testimonium, si testis dicat se *t* audivisse. Secundum, ut ratio scientiæ

r l.1. C. hoc tit. & ita DD. comm. eum l. intelligunt post Gloss. ibid. in fin. & ratio est, quod causa sive ratio depositionis sola est, quæ dictum testis vel confirmat vel infirmat. ut ex Bald. refert Sich. in d.l.3. n.2.

s l.18. C. eod. Dicant, quæ noverint, ait Imp. in No. 123. C. 7. at constat principium omnis cognitionis esse à sensu. & est arg. in l. qui testamento. §. pen. qui test. fac. Sich. in d.l. 3.n.3. Reub. d. loc. Don. in d.l.18. n.17.

t Vt puta, cum debitor solvit creditori, hæc res percipitur visu: proinde dicere debent testes se vidisse, cum illi solveretur. Rursus si interrogentur de eo, quod stipulator stipulatus est, aut promissor respondit, dicere debent se audivisse. ut alleg. dd. loc.

tiæ à ſenſu proprio, non alieno, petatur. Quapropter niſi teſtis ipſe præſens rem viderit, audiverit, aliove ſenſu corporis perceperit, teſtimonium ejus nullum *u* pondus habet. Præſentiam autem magis ex animo, & eorum, quæ geruntur, intelligentia æſtimamus, quam corpore. Proinde ſi agatur de negotio, quod auribus percipi poteſt, veluti de convitio facto, etiam ille præſens fuiſſe intelligi debet, qui exaudire vocem potuit, quamvis non in eo loco, ubi factum dicitur, ſed in vicina domo aut *x* hortis fuerit. Planè ſi res talis ſit, quæ non aliam, quam nudi auditus probationem recipit, qualis eſt rumor aut fama, aut in qua probanda propter brevitatem vitæ non ſemper ſenſus proprii teſtimonium haberi poteſt, ut cum quæritur de memoria vetuſti operis, item de cognatione alicujus aut affinitate, hîc etiam teſtes ſpectatæ fidei admittuntur, qui affirment, ſe id, quod quæritur, ex aliis audiviſſe. *y*

Secundò ſi teſtis variet, aut vacillet, aut ſibi ipſe contradicat, certum argumentum eſt ignorantiæ aut mendacii, quorum utrumque ſuſpectum teſtimonium reddit atque *z* infirmum: niſi fortè juſto errore lapſus, in quem facilè quis incidit propter temporis diuturnitatem, in continenti errorem ſuum correxerit: tunc enim *a* poſterius ejus dictum valebit. Quod ſi teſtimonium falſum eſſe deprehendatur, poteſtas fit judicibus in teſtem, qui deliquiſſe deprehenſus erit, etiam juriſdictioni ejus, apud quem teſtimonium dixit, non ſubjectum, pro modo & qualitate delicti animadvertere: dummodò coercitio formam non excedat juriſdictionis. *b*

u d.l. teſtiū. 18. C. hoc tit. d l. qui teſtamento. §. pen. qui teſt. fac.

x l. eoram Titio 209. de V.S. junct. l. 1. §. eodem autem tecto. ad Syllan. Reub. d. loc. n 121.

y Vid. C licet ex quadam 47. X. hoc tit. C. tua nos. de conſang. & aff. l. 2. §. idem Labeo. de aq. pl. arc. l. ſi arbiter de prob. conſule Reub. d. loc. n. 122. Prolixè de teſtib. de auditu tractat Farinac. qu. 99. hîc.

z No. 89. C. 3. l. 2. l. qui falſa. ff. l. nullum C. eod. & ibi Den. n. 6. Sieb. n. 5. C. licet cauſam. X. de pro. C. literas. de præſumt. arg. l. ubi pugnantia. 188. de R. I. Reub. d. loc n. 143 adde Althuſ li. 3. C. 35. n. 53. & ſeqq.

a *Arg. l. Stichus. 21. de man. teſt. l. ſi ita ſcriptum. 47. de lib. inſt. Si verò ex intervallo correxerit, magis eſt, ut prius dictum valere debeat. C. præterea. in fin. de teſtib. cog. quia magna ſuſpicio eſt, ne ab adverſario corruptus teſtimonium mutare voluerit. Reub. d. loc. n. 144. Tynd. hoc tr. C. 4.*

b *d. l. nullum. 14. C. hoc tit. ubi vide Den. Plura autem qui hic deſiderat, adeat Tynd. tract. de teſtib. qui in hoc ſolo arg. totus conſumitur. item Althuſ. d. loco. & ibi allegatos Menoch. Farin. Gabriel.*

CAP.

CAP. XXXIII.

De numero testium.

UT testimoniis credatur, non tantum in persona testium & eorum singulorum depositione positum est, sed etiam in numero, & depositione universorum. De numero ita jus est: Nunquam *c* unius testimonio, quantacunque auctoritate ille unus præditus sit, tantum tribuendum esse, ut judex ei credere & planè assentiri *d* debeat: sed ad justam fidem testimonio conciliandam plerumque quidem duos, nonnunquam etiam plures requiri. Qua de re sic commodè definiemus: Ubi numerus testium lege non adjicitur, etiam *e* duos sufficere: ubi verò plures lege desiderantur, minorem numerum, quam qui lege definitus est, non esse recipiendum. Nunquam autem ferè amplior testium numerus legibus requiritur, quam septem, idque duabus duntaxat in *f* causis, in testamentis, itemque in devortiis & repudiis. In alia autem quavis ultimâ voluntate non pauciores, quam *g* quinque adhibendi: quemadmodum & in quibusdam negotiis inter vivos; ut in solutione debitoris scripto obligati nullâ apochâ acceptâ; in confessione creditoris confitentis sibi pecuniam esse solutam; item in instrumento contractus libram auri excedentis & ab imperito literarum in urbe *h* celebrati. Paucis item in causis non minor testium numerus, quam trium, legitimus *i* habetur; veluti in confectione inventarii; in facienda comparatione literarum; in probanda scriptura privata, cum is, qui scripsisse dicitur, se scripsisse negat, & res in urbe gesta

c l. 9. §. 1. C. hoc tit. l. maritus. 20. ff. de quæst. Nã vox unius, vox nullius, ut dicit Canon in C. veniens. & C. licet hoc tit.

d Non enim prorsus contemnendum putamus testimonium unius, præsertim si vir bonus sit, & i[n]cta ejus aliis argumentorũ adminiculis adjuvetur vid. sup. C. 19. & inf. C. 38.

e l. ubi. hoc tit. idque cõveniens est dicto Christi, ut in ore duorum vel triũ stet omne verbum. Matth. 19. Luc. 17.

f l. hac consultissima C. de testam. l. 9. ff. de divort. In testamento cæci requiruntur octo. d. l. hac consultissimâ.

g l. ult. C. de codic. & in testamentis rusticanorum idem numerus sufficit. l. ult. C. de testam.

h Hæc in l. testium. 18 & auth. rogati. C hoc tit. No. hoc tit. C. 8. Don ad l. 15. C. de fid. instr. n. 12. & add. auth. n 6.

i De quibus vide l. ult. C. de jur. delib. l. comparationes. C. de fid. instr. No. 73, C. 1. & 2. l. 11. C. qui pot. in pign. Sunt & alia, quæ æqualem, aut majorem exigunt numerum, de quibus Archidiaconus in summa. 2. q. 5. & de singulis plene Farinac. q. 63. n. 39. & seq.

gesta libram auri excedit; item in eo instrumento privato, ex quo creditor hypothecaria agens se præferri postulet creditoribus posterioribus quidem, sed qui publico instrumento nitantur. Ex his jam certò colligere possumus, in maleficiis & delictis, item in omnibus contractibus, ubi res scripturâ non geritur, postremò in omni negotii distractione, ubi debitor, quod solvit, prius instrumento non cavit, duos testes sufficere.

Quod si justus testium numerus producatur, sed qui interse dissentiant, refert utrum unus multis contradicat, an plures pluribus. Si unus multis, id reliquorum testimonio non derogat fidem, nisi sit ex numero eorum, qui in negotio aliquo *k* necessariò requiritur. Sin verò plures à pluribus dissentiant, tentanda primum est per commodam interpretationem *l* concordia: si ad concordiam commodè pervenire non potest, ad comparationem personarum recurrendum est, in qua plus honestas atque auctoritas valere debet, quam *m* numerus. Quod si omnes sint ejusdem honestatis & existimationis, ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora & vero proximiora esse compererit, animi sui motum judex *n* confirmabit. Quod si ne hoc quidem appareat, *o* majori testium numero credendum. In pari autem eorum numero humanius est, ut pro reo *p* judicetur. Quod autem de diversa aut contraria plurium testium depositione diximus, in eo honestiori-

k l.1. in fin. qu. test. ap. alias vox unius adversus multos admittenda non est. C veniẽs. X. h. tit. At si singuli repugnent singulis, nulli creditur, quia in testimonio suo sunt singulares. Io. Old. tr. de te l. C. de fid. div. test. Reub. p. 3. n. 177. & seq.

l Quæ tamen non abhorreat à jure & æquitate. Old. d. loc. & Reub. n 149.

m Proinde senior præferendus juniori, honoratus plebeio, locuples egeno, vir inculpatæ vitæ reprehensibili. &c l. 3. l. ob carmen, hoc tit C. in nostra. 32. X eod. Reub. & Io. Old, dd. loc.

n Nam ne hic quidem ad multitudinem respici oportet, sed ad synceram testimoniorum fidem, & ad ea testimonia, quibus potius lux veritatis assistit. d. l. 3. & d. l. ob carmen. in fin hoc tit. Reub. d. loc. n. 153. adde l. si plures, de accus. & ib. Bart.

o Semper n. illud integrius habendum, quod plurimorũ sententiis minimè suspectorũ firmatur. C. prudentiã. X de off del. C. ecclesia nostra de elect. facit l. 8 & seq. de pact. d. l. 3. §. 2. hoc tit. Reub. d. loc. n. 154. semper tamen duo affirmãtes præferũtur decem negantib. Acc. in l. 27. §. 3. de arb.

p Arg. l. favorabiliores. de R. I. l. Arrianus, de obl. & act. & satius est nocentem absolvere, quam innocentem condemnare. l. 5. de pœn longeq; melius lenitatis, quã acerbitatis accusari. C. a 26. q. 7. C. allegant. Cæterũ in causa favorabili, veluti libertatis, dotis. testamenti, matrimonii, pupillorum & similium huic regulæ non est locus. Reub. & Old. dd. loc.

bus potius fidem esse habendam, quamvis paucioribus, id non tantum locum habet, ubi qui ab una parte sunt, adversæ partis testibus contradicunt: sed etiam cum ab eadem parte producti inter se dissentiunt: tametsi aliud in instrumentis contrariis ab eodem prolatis servetur, propter culpam & approbationem proferentis. q

q Nam instrumenta proferens potuit cognoscere, qualia ista essent, convenientia an repugnantia: at producens testes divinare non potuit, qui & quales, aut quid essent dicturi. Quare non obstat l. scriptura. 14. junct. l. seq. C. de fid. inst. Gloss. in d. l. 14. & Sich. ibid. n. 8. Don. in l. 9. C. hoc tit. n. 18.

CAP. XXXIV.

De testium in judiciis usu ac primum de necessitate testimonii dicendi: tum quæ causæ hanc necessitatem remittant.

HAbemus ea, quæ ad fidem testimonio adstruendam in testibus tum singulis tum universis requiruntur. Alter locus erat de eorum in judiciis usu: de quo superest, ut deinceps cognoscamus. Usus hic positus partim in necessitate testimonii dicendi; partim in testium productione, & recipiendi atque interrogandi modo. r Necessitas testimonii dicendi imponitur testibus, cum iis denunciatur à judice, ut testimonium dicant. Hæc necessitas geminam aliam adversus absentes inducit: primò ut vocati testimonii dicendi causâ ad judicem venire cogantur: deinde ut tam diu maneant, donec sint interrogati. Cogendi ratio posita in remediis magistratus comparatis ad coercendos nec obedientes cives; qualia sunt, pignora capere, distrahere, s multam dicere. Atenim non omnibus testibus hæc necessitas incumbit: sed quibusdam jure remissa est. Ex his autem sunt, quibus in totum tribuitur, ut ne inviti testimonium dicant: sunt, quibus evocatis testimonii dicendi causâ remittitur necessitas ad judicem veniendi. In totum non coguntur testimonium dicere; cognati adversus cognatos, modò ne sint inferiores

r Ut intelligimus ex l. pen. C. hoc tit. & ibi Don. facit tit. de test. cog. X. Reub. p. 2. n. 168. & seqq.

s l. 1. §. 3. de vent. insp. l. 1. si quis jus dic. ut pœna deterriti veniant & testimonium dicant. l. 3. §. exhibere. de tab. exh. Sichard. ad rubr. C. hoc tit. n. 4. Don. ad d. l. pen. n. 14. Reub. d. loc. n. 171.

feriores ſobrino *t* natis; affinis adverſus affinem, dummodò ſit ex eorum numero, qui invicem parentum aut liberorum *u* loco ſunt; item patronus adverſus *x* libertum. quod tum conjunctioni ſanguinis tum officiorum neceſſitudini tributum eſt. In eodem quoque genere rectè collocabimus eum, qui judicio publico reus eſt, item minores 20. annis: illum ne odia civium, quorum favore in reatu ſuo indiget, in ſe convertat: hos, quia obtendere poſſunt ætatis & judicii *y* excuſationem. Veniendi ad judicem neceſſitas remittitur interdum ob perſonam teſtis; interdum ob intervallum locorum. Ob perſonam teſtis, primum iis, qui venire non poſſunt, ſenectute, morbo, tempeſtate aut vi *z* impediti. 2. Qui ſine fraude reipub. â munere ſuo avocari non poſſunt: quales ſunt, qui legatione funguntur, magiſtratus, milites, publicani, qui aliquid exercitui præbendum conduxerunt. 3. Perſonis egregiis, epiſcopis, item qui non detrectandi teſtimonii causâ *a* abierunt.

De intervallo locorum ſic ſtatuendum. In cauſis criminalibus, ut pote in quibus majus periculum verſatur, judex curare debet, ut omnimodò teſtes ad ſe evocentur, & coram teſtimonium *b* dicant: quod precibus conſequentur à magiſtratu ejus provinciæ, in qua *c* degunt. Quod ſi agatur de cauſa pecuniaria, non ſunt temerè per longum iter evocandi: ſed diligentis judicis eſt explorare, quæ fuerit conſuetu-

t l. 4. ff. eod. quæ l. etſi diſertè loquitur de publicis judiciis, tamen etiã ad privata eam transfert. Accurſ. quamvis malè judicio Reub. d. loc. n. 174. ad d. l. Farin. q 54 & 78. *u d. l. 4. & l. 10. pr. de grad. & affin. Generi autem appellatione & ſponſum filiæ quoque accipimus, & nurus ſponsã filii. l. 5. eod. Etiamverò durante tantum affinitate hæc locum habent. Reub. d. loc. n. 179.* *x d. l. 4. nec libertus adverſus patronum. d. l. 4. quam cum l. 12. C. hoc tit. cõciliare ſtudet Reub. d. loc. n. 188. Nos in d. l. 12. aliquid novi juris priori addi exiſtimamus. vid C 31. ſup. in fin.* *y Ita Don. non improbabiliter interpretatur l. in teſtimonium. 20. ff. hoc tit.* *z Ad quos ſi judex miſerit, qui domi eos interrogent, coguntur teſtimonium dicere. l. 15. de jurei. ergo quod dicitur in l. 8. & l. 19. hoc tit. Hoſce invitos teſtimonium non dicere, ſic accipere debemus. invitos eos non dicere, ut cæteri dicunt, qui citati venire coguntur. Don. in l. pen. C. hoc tit. n. 13. Reub. d. loc. n. 213. uſque ad fin.* *a De quib. omnibus in l 9 l 19. l. 3. §. ult. hoc tit. d. l. 15. de jurej. No. de 53. epiſc. C. 7. auth. ſed judex. C de epiſc. l. medicos. C. de profeſſ. C. ſi quis teſtigm. X hoc tit. l. 1. C. qui ætat. vel profeſſ. lib. 10.* *b l. 9. §. pen. de quæſt. l. 2. §. 3. hoc tit No. de teſtib. C. 5. in fin. auth apud eloquentiſſimum. C. de fid. inſtr. ubi Don. n. 2. & in l. 4. C. hoc tit. n. 8. Reub. d. loc. n. 212. Gail. 1. obſ. 96. n. 10. Duar. in comm. poſt. h. tit C. 2.* *c Arg. auth. ſi verò. C. de adult. No. 134 C. 5 quæ quamvis de facinoroſis mittendis in eum locum, ubi deliquerunt, loquantur, eadem tamen ratio pro portione, & in teſtibus, qui mittendi ſunt.*

do in

do in ea provincia, in qua *d* judicat. Cæterum quia evocari & cogi non possunt, qui sunt ex aliena jurisdictione, utilitatis publicæ causâ, ne facultas probationum auferretur, admissa est & in aliena provincia testium *e* interrogatio: quæ ut ritè facta intelligatur, tria hæc concurrere oportet: 1. ut judex causæ litigatores aut eorũ procuratores destinet in provinciã, id est, interloquendo pronunciet, illis licere eò ire, & curare, uti testes ibi ritè examinentur: dimittetque eos cum literis ad judices illius loci, petens ne jurisdictionem iis denegent, sed testes pro *f* officio interrogent. 2. ut testes examinentur sub præsentia saltem unius partis, si pars altera venire *g* neglexerit, quem tamen ritum hodie non observat judiciorum consuetudo, ut paulò post dicetur. 3. ut testimonia recepta referantur *h* ad judicem, qui de re cognoscit: quippe qui nihil aliud, quam nudam testes interrogandi potestatem alienis judicibus commisit.

Quæ necessitas est veniendi, eadem est & manendi cum testis venerit, donec sit interrogatus: quæ mansio jurijurando ejus, aut si mavult fidejussoribus committenda est. Sed ne mansio sit longior cum manifesta testium injuria, cautum est, ut non longius retineri debeant, quam 15. dies: quibus exactis ita eis discedere liceat, ut nec postea vocati denuò venire *i* cogantur. Quod si culpâ judicis factum erit, quo minus intra præstitutum tempus testes interrogarentur, placet judicem, si qui sumtus faciendi sunt, missis ad eos, per quos interrogentur, aut si causa ob id amissa sit, totum id damnum parti læsæ sarcire *k* debere. Atque hoc quidem cum in causis pecuniariis nominatim constitutum sit, quæsitum est, an in causis criminalibus idem servari oporteat. Et rectè

d Ut si probabitur sæpe in aliam civitatem testimonii gratiâ plerosque evocates, dubitandum non sit, quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit, qui judicat. l. 3. in fin. h. tit.

e l. judices. 18. C. de fid. instr. No. hoc tit. C. 5.

f Has literas vocant literas mutui compassus & requisitoriales. Fit a. hæc interrogatio secundum formam & stylum judicis, qui observatur in eo loco, in quo testes habitãt. Gail. 1. obs. 96. Clar. q. 26. n. 3. § fin. Mynſ. 3. obſ. 40.

g Ut sub utriusque partis præsentia testes interrogentur exigit. d. l. judices. 18. C. de fid. instr. sed hoc emendat novella constitutio, cujus fragmentum extat in auth. sed & si quis. C. hoc tit.

h d. l. judices, ubi id notant comm. DD. No de testib. C. 5.

i Utique tamen etiam postea interrogari possunt, sed missis ad eos, per quos interrogentur. Dec. in l. fin. C. hoc tit. n. 16.

k Quæ omnia accuratissimè constituta sunt in d. l. fin. C. hoc tit.

placuit

placuit non idem servandum esse, sed quoties judici expedire videbitur, rectè testes vocari posse: cum publicè intersit sontes puniri, insontes l absolvi.

Extra has personas & causas manet ea, quam posuimus, testimonii dicendi, eoque nomine ad judicem veniendi necessitas. Cæterum sciendum est, sic testibus hanc necessitatem imponi, ut tamen simul iis prospiciatur, ne cogantur de suo sumtus itineris in causa aliena facere: sed jubentur ii, qui eos producunt, sumtus ad futurum iter necessarios suppeditare, eosque prærogare æstimandos non pro suo arbitrio, sed ex conditione & dignitate cujusque personæ & itineris m longinquitate. Quod si hi sumtus non præstentur, pœna hæc erit, ut ne testes cogantur venire.

l l. eum qui. 18. pr. de injur. l. 5. de pœn. faciunt, quæ notavi supra hoc cap. lit. B.

m l. quoniam liberi. C. hoc tit. facit l. eos. §. si quis. C. de appell. C. statuimus. §. proferendo. de rescript. in 6. Sichard. ad d. l. quoniam. n. 6. & seqq. Don ibid. n. 1. & aliquot seqq.

CAP. XXXV.

De Productione testium, eorumque recipiendorum atque interrogandorum forma.

COgnitâ necessitate testimonii dicendi, quæ testibus omnibus, qui non excusantur, imponitur, reliquum est, ut de productione eorum, deinde etiam de forma eos recipiendi atque interrogandi dicamus: quorum alterum litigatoribus incumbit, alterum judici. De productione tres sunt quæstiones; quot producere liceat; quoties; quod tempus producendorum. Primum evocandi licentia constitutionibus ad sufficientem testium numerum coarctata est, ut judex moderetur, nec plures evocari patiatur, quam sunt n necessarii. Secundò plures productiones re adhuc integra admissæ, secunda & tertia sine conditione, quarta non aliter, quam si is, qui quartum testes producere desiderat, iuret sibi neque priora testi-

n l. 1. §. ult. hoc tit. nam si permitteretur alicui, quotcunque velit testes producere, inde consequeretur maxima hominum vexatio. Duar. post com. C. 3. add. Farinac. q. 80. n. 116. & seqq. Menoch. 2. arb. cas. 249. qui & judicem oportere æstimare tradit, quando sufficiens numerus videatur productus, & intentio producentis satis probata adde Dambhoud. prax. crim. C. 164. & seq.

testimonia, neque adversarii exceptiones cognitas esse, se absque ulla fraude, malitia aut machinatione, sui tantum juris conservandi causâ, quartam productionem *o* postulare. Sed & qui tertiò, iterum, vel etiam semel testes produxit, si in causa concluserit vel aliis productionibus renunciaverit, vel si dicta testium jam productorum, aut adversarii exceptionem, & quæ de ea testificata sunt *p* cognoverit, ad aliam productionem non admittitur: quia periculum est. ne emendet ea, quæ in prioribus testimoniis non placent, quodque illis ad causam obtinendam deesse intellexerit, testibus novis subornatis *q* adjungat. Postremò producendi sunt testes intra tempus dilationi ad eos producendos constitutum secundum locorum distantiam. Nova dilatio non facilè, ac non nisi causâ cognitâ conceditur. *r*

In recipiendis atque interrogandis testibus hic ordo servandus. Judex qui de causa cognoscit, testem productum, si nihil oberit, recipiet, id est, ad examen admittet: deinde eundem iureiurando obstringet: novissimè ad examen atque interrogationem accedet. Ante omnia testes receptos iniiurandi religione obstringere debet, ut metu divini numinis iniecto non mentiantur: iniuratis, quacunque dignitate aut vitæ sanctimonia præditi sint, non *s* creditur: nisi pars adversa necessitatem iurandi *t*

o No. de testib. C. 4. auth. at qui semel. C. de prob. ubi Don. Sichard. & vulgò DD. Duar. post com. C. 4. circ. fin. adde Gail. 1. obs. 105. Farin. q. 75. Althus. lib. 3. C. 30.

p Vel aliquis advocatorum ejus, vel pro eo agens: d. auth. at qui semel Farinac. d. q. 75. ubi n. 45. & seqq. docet, quando attestationes & depositiones testiũ pro cognitis à parte habeantur. Eod. loco subjicit aliquot hujus regulæ exceptiones, & ex eo Althus. d. loc. n. 7. & seqq. vide & Io. Old. hoc tr. C. quo tempore producendi sine testes

q d. auth. at qui semel. d. No. de testib. C. 4 C. fraternitatis. C. in causis. C. significarunt. 36. X. h. tit. & ibiq. Gloss. Can. & DD.

r l. 1 ubi DD. C. de dilat. Regulariter a. productio testium in judiciis post litem demum contestatam admittitur, quo tempore primum judici potestas fit de causa principali cognoscendi. C. quoniam frequenter. pr. ut lit non cont. & ibi Io. Andr. Innoc. Bu r. Imol. Bart. ad l. si quando. C. hoc tit. Quia tamen sæpe contingit, ut nostra intersit, ne differatur testium examinatio, multi casus excipiuntur, quib. etiam ante lit. cont. testes producere liceat, quos commemorat Spec. §. 2. h. tit. & Old. d. loc.

s l. 9. C. hoc tit. d. C. fraternitatis. C. tuis. 39. C. nuper. 51. X. eod. Excipiunt episcopos, per auth. sed judex C. de episc. sed nihil ejusmodi est in No. unde ea auth. descripta est, quæ solemnitatem jurisjurandi remisit duntaxat, non jus jurandum. Denique nec jus Can. hanc immunitatem episcopis tribuit. d. C. nuper. Nec judiciorum consuetudo Reub. p. 3. n. 57. Don. ad d. l. 9. n. 5.

t Arg. l. 7. § si pacisc. de pact. l. 26. de re jud. l. 1. §. 1. & ibi Gloss. de ser. textus est in d. C. tuis, alia ratio est juramenti calumniæ. vid. Reub. d. loc. n. 58. & seq. Sich. ad d. l. 9. n. 3.

remi-

remiserit. Jurabunt autem non tantum se falsum non dicturos, sed etiam quod verum erit, non celaturos. Cæterum artifices, qui adhibentur ad renunciandum aliquid, quod ad eorum artificium pertinet, non aliud cogendi sunt jurare, quam se dicturos ex animi sententia, quod putent. *u*

In interrogando hæc forma juris. Interrogari testes debent à judice; singuli seorsum; præsente saltem eo, qui eos producit. Primum testes à judice interrogandi sunt: non enim testimoniis, sed testibus credere debet, omnemque testationem apud se prolatam, ipsis testibus non productis nec à se interrogatis *x* rejicere. Cujus rei ratio hæc est, quod præsentia judicis testem deterrere potest, ne mentiatur. Secundò non conjunctim omnes, sed secretò & separatim *y* singuli interrogari debent: quia ad veritatem investigandam multum interest, sciatne alter alterius testimoniũ, an ignoret. Postremò ad interrogandum judex accedere non debet, nisi utraque parte præsente, aut saltem eâ, quæ testes producit, si altera vocata venire *z* contemserit. Quod jus quanquam vetus est & tralatitium in judiciis apud Romanos omnibus temporibus *a* observatum, tamen judiciorum consuetudo repudiat: quæ partium præsentiam non exigit, cum testes interrogantur & testimonium dicunt, sed cum *b* recipiuntur & jurant duntaxat. Interest sanè adversarii vel tunc adesse, & ad articulos, quorum probatio exigitur, sua interrogatoria exhibere, quo sibi faciliorem testimoniorum refutationem compararet. Sufficit autem vocatum esse, etsi non venerit, nisi justa de causa venire non potuerit. *c*

Quod autem paulò antè diximus, testes à judice

u Hoc testimonium & juramentum vocant credulitatis Gloss. in l. 1. pr. in verbis, Vel dua. de vent. insp. Reub. d. p. 3. n. 134. Sich. d. loc. n. 4. & 5.

x l. 3. hoc tit. Atque hoc ipsum arguit l. solam C. eod. quam vulgò quidem accipiunt de depositione testis rationẽ sui dicti non reddentis, ut notavi supr. C. 32. sed tamen non minus rectè huc eam refert Don.

y l. nullũ 14 C. eod. C. venerabili. 52. Glos. in C. 2. in verbis audire &c. X. eod. idque exemplo Danielis, quod secutus est in causa Susannæ. Dãhoud. prax. civ. C. 170. in pr.

z l. 27. §. quæstioni. de adult. l. pen. C. hoc tit. l. 18. C. de fid. instr. No de testib. C. ult. C. in primis. 2. q. 1. C. 2. hoc tit.

a Ut ostendunt rhetorum hac de re præcepta cum apud alios, tum apud Quintil. lib. 5 C. de testib. adde Budæ. in annot. poster. fol. 13.

b Juxta Gloss. & DD. in d. l nullum. C hoc tit. quos in errorem traxit auth. at qui semel. C. de prob. No. hoc tit. C. 4. vide Don. ad d. l. pen. n. 17. & seqq.

c d. l. pen. auth. sed & si quis. C, hoc tit. Reub. p. 3 n. 61. & seq.

inter-

interrogandos esse, sciendum est, hoc non cuivis judici permitti, sed ei soli injungi, qui de re cognoscit: optimâ sanè ratione. Nam cum judicium & sententia sit solius judicis, qui de causa cognoscit, cōvenit etiam eum solum æstimare, quanta fides testibus habenda. Id quod facere nō potest, nisi ipse præsentes testes interroget: ut ex voce & vultu, unde trepidatio aut præfidentia cognoscitur, deprehendat, verum an falsum dicant; ex oratione, ex tempore respondeant, an præmeditatum de tota re sermonem adferant: quæ omnia diligenter à judice sunt *d* examinanda. Planè si testes jam antè in legitimo aliquo judicio à judice, cujus de ea re cognitio erat, interrogati testimonium dixerunt, idque in acta relatum est, & causa deinde ad superiorē judicem ex appellatione pervenerit, in hoc judicio placet testimoniis credi sine nova testium productione aut *e* inquisitione: idque sive à judice interrogati sint, sive ab arbitro: sed si ab arbitro, non aliter, quam si vel testes mortui sint, vel adversarius denuò interrogari non *f* postulet. Potest autem judex etiam testium interrogationem in causa pecuniaria interdum aliis mandare, sed non nisi duabus ex causis. Prima est, si testis sit ex eorum numero, qui ipsi venire non coguntur, ad quos domum mitti oportet *g* ad interrogandum. Secunda, si testes degant in alia provincia: quo casu quid fieri debeat, suprà docuimus. Quod si testes neque à suo judice, cujus de re jurisdictio est, neque mandante eo ab alio interrogati sint, nunquam soli testationi fidem haberi *h* oportet. In mores tamen abiit interrogatio testium ad futurum examen, cum metuitur, ne morte testium testimonia intercidant: quod & jure Canonico comprobatum est. *i*

d l. 3. §. 1. & seqq. hoc tit. l. de minore. 10. §. plurimum. de quæst.

e Id quod benè cautum est in C. venientes. 2. X. hoc tit. sumptum ex jure civili Nc. de testib. C. 4. ubi idem paulo obscurius constitutum.

f l. ult. C. hoc tit. casus formari potest in specie ex C. præsentata. 50. X. eod.

g Quales sunt personæ egregiæ. l. 15. de jurejur. episcopi No 123. C. 7 & ait. C. si qui testium. X. hoc tit. vide sup. prac.

h l. 3. ff. l. solâ. 4. C. hoc tit. l. 3. § 5 de Carb. edict.

i C. significavit. X. hoc tit. Felin. & alii in C. quoniam frequenter ut lit. non cont. adde Gail. 1. obs. 92. Mynf. 4. obs. 71. Pet. Greg. 48. synt. 13. n. 40. Old. hoc tr. C. quo temp. producendi sunt testes. Damhoud. prax. civ. C. 162. in primis a. Eximac. q. 76. de testibus.

CAP. XXXVI.

De probationibus indirectis. ubi & de praesumtionibus.

TAntum de specie probationis, quam directam appellavimus, nempe cum id, quod probare volumus, instrumentis aut testimoniis continetur. Est & alia species probationis, quam obliquam vocavimus, cum id quod docere volumus, instrumentis quidem ipsis aut testibus directò non probatur, sed ex iis argumentando colligitur. In omni enim genere probationis semper aliquid aut testibus aut instrumentorum probari *k* debet. Obliquae probationis genera duo sunt, necessaria, & non necessaria. Necessaria est, quae nititur argumentis aut judiciis, quibus necessariò ex instrumentis aut testimoniis id, quod intendimus, colligitur: veluti si ex eo, quod mater libera fuit, cum partus edebatur, colligatur filiam ingenuam esse: ex eo, quod quis mortuus sit, cum natum fuisse: ex eo, quod quis Calendis Januarii Romae fuit, eodem die non fuisse Parisiis: atque in hujusmodi collectione antecedens testibus aut instrumentis *l* probetur. Haec autem signa atque argumenta cum certa sint & indubitata, valere debet hoc genus probationis ad condemnationem non tantum in causa pecuniaria, sed etiam in *m* criminali. Obliqua & non necessaria probatio est, cum ex instrumentis aut testimoniis id, quod dicimus, aliquà quidem ratione colligitur, sed non naturali aut necessariâ. Hujus duae item species seu potius gradus; aut enim nititur ratione probabili & valdè verisimili conjecturâ: aut levi aliquâ tantum suspicione: unde nec eadem utriusque vis, ut mox dicetur. Prioris generis *n* exempla sunt: aliquis testamento 50. legavit, idem

k Isidorus in C. forus. X. de verb. sign. Duar. in prior. comm. ad hunc tit. C. 2.

l Duar. d. loc. C. 4. & in poster. comm. eod. C. 3. Don. ad l. 10. & l. ult. C. eod. Huc pertinent indicia, quae ab Aristot. 2. rethor. & Quintil. 5. instit. orator. 9. dicuntur τεκμήρια.

m d. l. ult. C. hoc tit. & ibi Don. Duar. dd. loc. Io. Old. tr. de probat. C. quid sit probatio. Farin. q. 86. n. 1. & seqq.

n Quorum unum est in l. quinquaginta hoc tit. alterum in l. licet Imp. 74. de legat. 1. sequentia quatuor reperies ordine in his locis: primam in l. 2. §. 1. de pactis, 2. in l. si chirographum. 24. hoc tit. 3, in l. 9. eod. 4. in l. cum de indebito. 25. eod.

scriptum

ſcriptum eſt codicillis, legatum duplicare voluiſſe creditur: item ab inſtituto 100. legata ſunt, à ſubſtituto nihil, quæ ab inſtituto relicta ſunt, voluntate teſtatoris videntur repetita à ſubſtituto. Talia ſunt, ſi quis ex redditione cautionis colligat remiſſionem debiti: ex chirographo cancellato liberationem: ex eo, quod quis ſibi cavit, etiam heredibus ſuis caviſſe: ex eo, quod quis ſolvit, debitum fuiſſe, & alia generis *o* ejuſdem. Poſterioris ſpeciei *p* exempla ſunt, ſi quis ex pignore reddito colligat remiſsionem pecuniæ debitæ: ex fuga tacitam confeſsionem admiſsi: ex ingenuitate patris ingenuitatem filiæ: ex comparatione literarum manum ejus, qui dicitur, ſcripſiſſe, & alia ejuſdem notæ.

o Plura hujus generis exempla ſuppeditabit tibi paſsim Menoch. in libb. de præſumt. præſertim lib. 6. item Duar. dd. loc. Farinac. Maſcard. Galpiel. locis ab Althuſio citatis lib. 3. C. 28. n. 21. & 2. ſeqq.

Ex hujuſmodi probationibus, maximè ex probabiliore illa & magis veriſimili, naſcuntur, quas noſtri *q* præſumtiones vocant. Eſt enim nihil aliud præſumtio, quam opinio ex *r* probabili ratiocinatione concepta. Eam vulgò ſic dividunt, ut dicant aliam eſſe præſumtionem juris, *s* aliam hominis. Præſumtio juris eſt, quæ non tantum ratione nititur, ſed etiam juris auctoritate. Hanc iterum duplicem faciunt; unam juris & de jure; alteram juris duntaxat. Præſumtio juris & de jure dicitur, cum lex ipſa præſumit & ſimul diſponit: quæ præſumtio, ſi modò præſumtio, ac non potius juris quædam *t* conſtitutio dicenda ſit, eſt firmiſſima, ac vix contrariam admittit *u* probationem.

p Quæ vide in l. 3. de pact. auth. ſi vero. C. ut omn. jud. tam civ. quam mil. l. natales. C. hoc tit. No. 73. C. 8. & 9. unde auth. etſi contractus. C. de fid. inſtr. adde Duar. dd. loc. Don. in d. l. natales. & in d. auth. at ſi contractus. Sichard. in l. comparationes. C. de fid. inſtr. circa fin. & allegatos ab Althuſ. d. loc. *q Quæ quam variis verbis & appellationibus a Ic^{tis}. denoteitur. vid. Menoch 1. præſ. 10 & præſ. 7. n. 32. Maſc. 1. concluſ. 1223. n. 39. Farinac. q. 32. n. 160. & ſeqq. Ex veteribus Ic^{tis}. etiam Labeo ſcripſit libros πιθανῶν, id eſt, veriſimilium. l. antep. de verb. ſign.* *r Nam quæ naſcitur ex argumentis neceſſariis, præſumtio non eſt, nec in uſu juris ita vocatur. Sed nec ipſa præſumtio vera eſt probatio, ſed effectum ejus aut conſequens.* *s VVeſenb. par. hoc tit. n. 14. Sich. ad l. 16. C. eod. n. 8. Menoch. 1. præſ. 2. ubi recenſitis & confutatis variis præſumtionis diviſionibus, tandem hanc ut veriorem & communem comprobat circ. fin.* *t Nomen enim præſumtionis non alio reſpectu ſibi defendere poteſt, quam quod ratio legis abſolutè conſiderata neceſſariò non concludit, ut rectè notat. Bachov. in Treut diſp. 4. th. 10. lit. A.* *u Atque hac de cauſa præſumtionem hanc DD. violentam appellant. Sanè quia præſumtio, licet urgentiſsima, eſt infra veritatem, ideo eam tollit & contra eam admittitur confeſsio partis. Sich. in d. l. 16. C. hoc tit. n 10. in fin. Menoch & Maſcard. dd. loc.*

bationem. Exemplum hoc est: Heres non confecto inventario hereditatem adiit, deinde cum à creditoribus testamentariis legata petuntur, quartam Falcidiæ, aut id, quod ei deest, deducere postulat, quod dicat hereditatem legatis exhaustam esse, aut supra modum oneratam: hic cum lex ipsa sic ratiocinetur ac colligat, quasi heres malitiose in rebus hereditariis versatus quasdam earum interverterit, ideoque in solidum eum obligari x velit: dicemus hanc præsumtionem esse juris & de jure, ideoque heredem contrarium probare volentem non esse audiendum. Plura id genus exempla, præsertim in jure Canonico passim y occurrunt. Præsumtio juris tantum est, cum lex quidem ipsa ratiocinando & concludendo præsumit, sed præsumit tantum, non etiam disponit: cujus hæc jure civili vis & effectus, ut habeatur pro plena probatione, nisi contrarium apertioribus argumentis z doceatur: eoque pertinent exempla primæ speciei non necessariæ probationis. Præsumtio hominis est, quæ ex altera specie non necessariæ probationis nascitur: a nempe ex judiciis infirmioribus & tenui suspicione, quæ nisi aliis adminiculis adjuvetur, sola & per se ad plenam fidem faciendam non sufficit, etiamsi contrarium non doceatur. Dicitur autem præsumtio hominis non juris, quia etsi exempla ejus leges nobis suggerant, eam tamen non approbant aut confirmant: sed tota posita est in arbitrio & potestate judicis, ut ipse æstimet & sequatur, quod maximè sibi credibile videtur. b

x Nov.1. c.2. §.2. & diserte ratio hæc exprimitur, quod heres præsumitur malignatus. in pr. ejusd. cap.

y Huc pertinent. l.23. §. 6. ad SC. Vell. l. ult. C. arb. tut. l. si quis 34. C. de adul. C. si quis. 30. de sponsal. C. 6. de cond. appos. C. 12. de præsumt. & simil. adi DD. paulo ante citatos.

z l.9. l.24. d. 25. hoc tit. Sich. ad d. l. 16. n. 9. VVesenb. d. n. 14. Menoch. 1. præs. 31. n. 2. & 33. n. 2. Mascard. 1. 405. n. 2. Gail. 2. obs. 128. Myns. 5. obs. 68.

a l. 5. & seq. C. hoc tit. l. indicia. C. de rei vind. l. absentem. ff. de pœn. cum simil. ib. VVesenb. d. n. 14. Sich. ad d. l. 16. n. 7. & 8. Menoc. lib. 1. q. 37. n. 10. & seqq.

b Menoch. lib. 1. præs. 5. n. 8. Sufficit tamen quandoque ad jurisjurandi delationem in supplementum probationis. DD. in l. admonendi. de jurej. Bald. in rubr. C. de fid. instr. n. 7. VVes. d. loc. n. 7.

CAP. XXXVII.

De plena & semiplena probatione.

Quia non omnes probationum species, duobus illis, quæ exposuimus generibus subjectæ, parem vim in judiciis habent, sicuti ex iis, quæ de his dicta sunt; apparet: inde nata est, & usu forensi, cui nonnihil in hac præsertim parte tribuendum, recepta probationis in plenam & semiplenam *c* divisio. Plena probatio dicitur, quæ sola & per se eam fidem facit, quæ ad definiendam controversiam sufficiat. Quales sunt in primis eæ, quæ contrariam probationem non admittunt: ut in directis probationibus monumenta *d* publica: item evidentia facti, quam inspectionem ocularem *e* vocant, cujus usus est, cum in aliis rebus quamplurimis, tum maximè in causa finium regundorum, damni infecti, novi operis nunciatione, ædibus ruinosis, impensis factis, & aliis similibus *f* causis. Ac ne quis putet hoc genus probationis à nobis in divisione esse prætermissum, non incommodè sub ea, quæ testibus fit, comprehendi potest: cum ii, quos judex in rem præsentem mittit, aut cum eo & partibus veniunt, testium vice fungantur. In indirectis probationibus sunt tum eæ, quæ nituntur indiciis & argumentis *g* necessariis; tum quæ probabilibus tantum, sed quæ præterea auctoritate juris & legislatoris dispositione *h* confirmantur. Sed & illæ quoque plenæ probationes dicendæ sunt, quæ quamvis contrariis refelli possint, tamen ad causam obtinendam sufficiunt, nisi contrarium probetur: cujus generis sunt, ex directis testes duo aut plures omni exceptione majores: item reliqua instrumenta tum forensia tabellionum, tum etiam privata, quæ

c VVes. d. loc. n. 4. Sichard. ad rubr. C. hoc tit. n. 4 Giff. & DD. in l. admonendi. de jurejur. Nec obstat quod genus in hac divisione nō æque competat utrique speciei: Est enim probatio ex eorum generum numero, quæ homonyma sive πρὸς ἕν appellant Dialectici.

d l. hac sacratissima. 30. & l. seq. C. de donat. l. 15. ff. hoc tit. Jas. in d. l. admonendi. paulò post princ. VVes. d. loc.

e Eo quod res probanda oculis subjicitur. l. si irruptione. §. ad officium. fin. reg. Estque hæc optima, firmissima, & clarissima probatio, cæterisque omnibus potentior. Masc. lib 1 q. 8. n. 7. & seqq. *f Vide omnino Althusium lib. 3. Dicæolog. C. 23. n. 35. ubi ferè summam collegit eorum, in quibus hoc probationis genus adhiberi solet.* *g l. ult. C. hoc tit. exempla aliquot protulimus cap. proximè præced.* *h Nimirum unde nascuntur præsumtiones, quæ vulgo dicuntur juris & de jure. d. C. præc. lit. V.*

adversus proferentem semper, interdum etiam adversus eum, contra quem proferuntur, fidem facere suprà dictum est. In obliquis, reliqua argumenta probabilia, unde nascuntur præsumtiones juris duntaxat. i

Semiplena seu potius imperfecta probatio est, quæ aliquam quidem fidem judici facit, sed non tantam, ut sola eum movere possit, ad sententiam secundum eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam, licet contrarium ab adversario non k ostendatur. Hujus probationis species sunt, testis unicus, scriptura privata, comparatio literarum, fuga adversarii, confessio extrajudicialis, fama, & si quæ sunt alia, quæ qualem præsumtionem inducunt: neque enim laborandum est in eo, ut ad certas species hoc genus probationis l revocemus. Quamvis autem singula hæc infirma sint & exigua per se, multum tamen plura concervata proficiunt. Finge proferri chirographum, quod is, adversus quem profertur, à se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemtum, cum is, qui profert, sit vir gravis & spectatæ fidei, accedere testem unum integræ existimationis, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, negantem etiam comparatione literarum, aut confessione extrajudiciali convinci: Finge produci testem unum, sed omni exceptione majorem, eaque quæ dicit, consentiente famâ, aliisve veritatis indiciis confirmari. Hæc & similia, cum valere non possint, quia magna sunt, valere utique debent, quia multa sunt, ut quod pondere deest, numero m suppleant. Nec tamen hîc quidquam certò definimus aut judici præscribimus: sed totam hanc rem religioni & arbitrio ejus ita committimus, ut ipse ex animi sui sententia æstimet, quid credat, aut parum probatum n opinetur. Et quia ju-

i Errat igitur Treutl. disp. de prob. th. 2. lit. C. qui hujusmodi probationes, pro semiplenis habet: nam etsi non sint omnino liquidæ & omni exceptione majores, tamen quia ad condemnationem sufficiunt, nisi contrarium doceatur, ex eo evincitur semiplenas non esse.

k DD. in d. l. admonendi. & in C. fin. X. de jurej. Sich. in rubr. C. hoc tit. n. 5. Wes. d. n. 4. Io. Old. hoc tr. de semiplena prob.

l Vulgo quatuor species hujus probationis enumerant, scripturam privatam, testem unum, fugam & famam: de quibus & eorum vi Old. d. lo., & præter alios DD. latè Jas. in d. l. admonendi.

m Et locum habeat illud Ovidii 2. de Remed. Forsitan hæc aliquis (nam sunt quoque parva) vocabit. Sed quæ non prosunt singula multa juvant,

n l. 3. §. 2 hoc tit. in quam rem multa præclarè tradit Menoch. 1. præs. 5. n. 8, & seqq. & 2 arb. 84. 85, & 113. & 379 Farinac. lib. 1. q. 36. n. 118. & seqq.

dicem

dicem multa movere possunt, ut in hanc vel illam partem animum inclinet, nec tamen sententiam ferre jure posit, quia ad justam probationem & plenum assensum aliquid desit, ideo res sic transigi solet, ut judex exacto in supplementum probationis jurejurando, secundum eum judicet, *o* qui juraverit. Quod tamen non temerè nec passim, aut cum res aliter probari potest, faciendum: neque enim prudens judex, unico teste, verbi causâ producto, illicò jusjurandum producenti deferet, quamvis adversus testem nihil excipi posit: sed multa alia prius ponderare debet; quanti momenti sit res, de qua agitur: cujus fidei & auctoritatis persona actoris: num ei quoque res certò comperta sit: idne quod dicitur, aliis conjecturis juvetur, an ob contrarias suspectum videri debeat: denique omnes rei circumstantias lynceis, ut ita dicam, oculis *p* pervidere. qua de re etiam monemus suprà cap. XIX.

o d.l.admonendi. & ibi DD. idque & usu judiciorum perpetuo ubique receptum esse constat: ne frustra hîc diss. Duar. Don. Ant. Fab. quorum sententiam etiã refutavimus C. 19. huius Libri.

p Vt benè & salubriter monet Io. Old. hoc tr. de semipl. prob. in fin. Vide & in hanc sententiam multa pulcrè notata à Doctiss. Enucleatore Donelli lib. 24. C. 19. Adde Bachov. in Treutl. disput. de jurejur. th. 10. lit. A.

De sententijs & re judicata:

CAP. XXXVIII.

Iudicandi munus esse publicum & necessarium: tum de tempore litibus finiendis præstituto.

MAgnum iter emensi sumus, ad vadimonium venimus, judicium suscepimus, causa disceptata & cognita est: unum superest, ut judex, qui de re cognovit, judicet seu sententiam ferat: quod quidem in ordine judiciario postremum est, in officio autem judicis secundum, & idem *q* summum. In eo tergemina occurrit quæstio: una de judicandi necessitate: altera de notione vocis, seu quid judici verbo judicandi injungatur: tertia qualem sententiam & quo ritu adhibito ferre debeat. Ad primum quod attinet,

q de qua re. 74. de jud. l. 15. pr. de re jud. Nam executio ab ordine, quo ad eam pervenitur, semper secerni debet, qua nobis in ratione obtinendi juris nostri est pars tertia & ultima. C. 1. lib. 3.

attinet, judicandi munus † publicum est: ac proinde judex, qui de re cognovit, de ea quoque pronunciare ‡ cogitur, nisi habeat excusationem, quæ eum exoneret, exemplo aliorum numerum. Causæ autem hujus excusationis partim generales sunt; partim hujus muneris propriæ. Generales sunt eæ omnes, ob quas quis ab aliis quoque muneribus excusatur, quarum plerasque lib. 1. cap. 11. recensuimus. Propriæ & hujus muneris peculiares, sunt quælibet occupationes, non tantum quæ reipub. causâ suscipiuntur, sed etiam privatæ, quæ impediant, quo minus judex operam præbere possit ad judicandum aut omninò, aut sine incommodo rei § familiaris: cujus generis excusationes in aliis muneribus non sunt proditæ. Sed est & aliud in hujus muneris excusationibus singulare. Nam cum in cæteris id, quod post delatum munus incidit, non tribuat vocationem tamen in judicandi munere contrà ‖ est. Planè si judex post actam causam morbum aut occupationem temporariam alleget, non debet continuò in alium transferri judicium, sed tolerabilius est interim judicem, qui semel cognoverit, tantisper expectare, quam novi judici rem judicandam committere. De quibusdam causis dubitatum, an excusationem præbeant. Quid enim si judex salvâ conscientiâ judicare non possit? veluti si sciat factum esse, quod intenditur, nec tamen probatur; aut factum non esse, quod tamen probatur factum, sed falsis testibus. Quid si causetur aut inimicitias cum altero, aut cum altero cognationis amorisve interni vinculum? Sed non est, cur dubitemus has esse causas idoneas, ob quas excusari debeat: non enim flagitium à judice exigimus, sed religionem & fidem: nec prohibendus ultrò pudori suo consulere, quem litigator ut suspectum non prohibetur rejicere. His autem, quas diximus, causis exceptis, hoc tenebimus, nihil esse, cur

non

† l. quippe. 78. de jud. l. ult. § judicandi. 14. de muneribus.

‡ d. l. de qua re. 74. de jud. l pen. §. 2 de vac. mun.

§ d. l. pen. in pr. l. si longius. 18 de jud. secus est in aliis muneribus. l. 3. C. de exc. mun. lib. 10.

‖ Arg. d. l. pen. §. ult. Et si ante causam actam se excuset, semper audietur: sin post, non aliter, quam si impedimentum perpetuum aut diuturnum. l. 18. l. judex datus. 45. de jud. quod sequitur est in d. l. pen. §. ult. de vac. mun.

non cogatur judex judicare. Cogetur autem remediis prætoriis, multâ indictâ & pignoribus in eam rem u captis, à magistratu, qui eum judicem dedit. Quod si non apertè dicat, se judicare nolle, sed rem protrahat, ad officium magistratus pertinet tempus ei præstituere, intra quod sententiam ferat: aut hoc magistratu non faciente, legitimum non x excedet: quod in criminibus biennium, in re pecuniaria triennium, exceptis causis fiscalibus & publicarum functionum, quæ intra sex menses à lite contestata peragendæ: atq; hoc tempus nec ipse magistratus excedere y potest. Quod si intra dictum tempus lis decisa non fuerit, puto finiri instantiam, ac utrumque litigatorem à judicii observatione z absolvi. Hæc autē parcius attingimus, quia pleraque jam obliteravit usus judiciorum recentior.

u Quæ remedia indicantur in l. 1. §. ex hoc rescripto. de ventr. inspic.

x l. 32. de judic. de remediis contra denegatam aut dilatam justitiam quę nunc usum habent, consule Myns. 2. obs. 24. & 74. & 3. 57. & 5. 82 Gail. 1. obs. 28. A. Fab. C. suo tit. de appell. def. 4. P. Greg. 2. de appell. C. ult.

y l. 13. pr. & § 1. C. de jud. l. ult. C. ut intr. cert. temp. crim. qu. term. At cur in causis criminalibus brevius tempus statuitur, cum tardius ad eas perveniendum sit? ut argumentatur Bodin 4. de rep. 6. vide Cujac. 17. obs. 23. Pet. Fab. ad l. 155. §. ult. de R. I.

z Per l. 5. C. de legib. jure a. Can. omnis instantia perpetua. C. pen. de jud. nec in ulla totius orbis Christiani curia d. l. 13. C. de jud. servari testantur Myns. 1. obs. 51. & 2. obs. 48. Gail. 1. obs. 141. Vestr. pr. Rom. lib. 3. C. 5. Quid differat instantia à lite docet Don. in l. 4. C. de pact. n. 6. item Nic. Sudor. lib. 1. civ. disp. & ex eo Treutl. vol. 1, disp. 12. th. 15. lit. C.

CAP. XXXIX.

Judicare quid sit: quid eo verbo judici injungatur. Condemnationem fieri debere de eo, quod in judicium deductum est; & quid videatur in judicium venisse.

JUdicare, quod secundo loco quærebatur, Varro dictum vult à jure & dicendo, ut sit jus dicere de re controversâ. Definiamus apertius: Judicare, est pronunciare seu sententiam ferre de re controversa ita, ut eâ pronunciatione finis liti a imponatur. Hinc in genere per se satis liquet, quid judicandi verbo judici injungatur, nempe ut pronunciando controversiam dirimat. At quo pacto id fiat, nisi explanetur, non ita facilè per te intelligas. Sciamus igitur

a Hac de re dicetur accuratius sub cap. de auctoritate rei judicatæ, 45. infrà.

igitur duobis modis iisque conjunctis contingere, ut finem controversiæ pronunciatione judicis res accipiat: uno, si reum condemnet aut absolvat: altero, si cum condemnat, condemnet in certam rem aut quantitatem. Atque hæc duo ita sententiæ propria, ut sine iis sententia nulla sit, & iis intervenientibus valeat, & res judicata esse *b* intelligatur. Primò igitur, ut sententia valeat, necessaria est condemnatio aut absolutio: ubi duo hæc in summa judici incumbunt; ut eum damnet aut absolvat, quem oportet & æquum est; ut damnet in eam rem, in quam oportet, aut de ea absolvat. De priori aliud jus præcipit, si de re principali ejusque accessionibus agatur; aliud si de sumtibus litis. Si de re & accessionibus, non alius condemnari aut absolvi debet, quam *c* reus. Utrum autem fieri debeat, in promtu est, si de jure quæritur: nam cum jus certum sit, & notum judici esse debeat, ex eo sententiam feret, tametsi id à partibus aut eorum advocatis non allegatur aut *d* probatur. Plus difficultatis res habet, si de facto ambigatur: nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, atque ex iis, quæ probata sunt, æstimandum, utrum reus absolvi, an condemnari debeat: neque enim hîc animi sui conscientiam judex sequi debet, sed rerum probatarum *e* fidem. Proinde reum convictum condemnabit, non convictum, etsi nihil ipse præstitit, *f* absolvet: paucis causis exceptis in quibus jusjurandum purgationis à reo alioqui non convicto exigitur: de quo à me dictum est alio *g* loco. Enimverò si judici certò constet falsa esse, quæ probantur, faciet ex officio viri boni, si à judicando abstineat, & testimonio suo, quantum in se est, partem,

b l.3. C. de sent. & interloc. l.pen. & ult. & tot. tit. C. de sent. quæ sin. cert. quant. prof. junct. l.1. ff. de re jud.

c Paulus in l. & ex diverso. 35. §. 1. de rei vind.

d l. un. C. ut quæ des. advoc. facit, quod passim jubentur judices secundùm leges judicare. pr. Inst. de off. jud. No. 24. C. 2. No. 25. C. 2. & §. ult. cum simil. lib.

e l. 6. §. 1. de off. præs. Atq; hæc sententia ut receptior, ita & tutior. Covar. 1. var. resol. 1. Vestr. lib. 3. C. 1. Dom. Soto lib. 5. de just. & jur. q. 4. art. 12. Est a. hæc quæstio pulcra quidem, sed de rarò contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera scientia judicis puguet cum testimoniis & instrumentis, quibus nihil objici possit.

f l. 9. C. de obl. & act. l. 4. C. de edend. nec quod deest advocatis in facto judex supplebit. arg. à. contrario d. l. un. C. ut quæ des. adv.

g Cap. 13. hujus libri.

cui

cui injuria fit, *h* adjuvet. Periculosum autem est licentiâ secundum scientiam judicandi judicem instruere. Hoc enim qui faciunt, magnam fenestram aperiunt pravis hominibus injustè gratificandi, cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. *i*

De sumtibus litis non idem, quod de re petita & fructibus servatur: in hos enim non reus solum, sed interdum etiam actor condemnari debet, si nimirum hic illo absoluto vincatur. Nam de eo sic nominatim & simpliciter cautum est: Victum victori in expensas quoque *k* condemnandum. Sive igitur reus erit, sive actor, qui de re principali victus est, sumtus litis agnoscere cogitur, taxandos jurejurando *l* victoris. Neque tamen hoc ita districtè accipimus, quasi semper is, qui succumbit, in impensas litis condemnari debeat, sed ita si temerè & sine causa litigavit, ut hæc pœna temeritatis adversus improbos litigatores jure constituta intelligatur. *m*

Alterum, quod hîc judici incumbit, est, ut sententiâ complectatur rem, de qua reum absolvere, aut in quam victum condemnare debet. Ea autem est, quæ in judicium deducta, id est, judicantis potestati subjecta est. In hanc inquam, condemnatio fieri debet, non in aliam, ne in *n* æstimationem quidem, nisi illud aut necessitas cogat, aut suadeat æquitas. Deducitur res in judicium aut petitione actoris, aut ipso

h Minimè enim suaserim, ut judex contra conscientiam judicet: & omninò explodendus est Cyn. qui in l. un. C. ut quæ desf. adv. scribit, etiam in foro poli excusatum esse, qui secundum acta & probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Rectè etiam fecerit judex, si rem deferat ad superiorē, qui vel auctoritate sua rem componat vel differat, donec veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat.

i Quare etiā supremus judex, si coram eo causa ventiletur, rectius fecisse fecerit, si prædictā cautionem adhibeat, quam si contra probata nudam conscientiam sequatur. k *l. 13. §. sive a. 6. C. de jud. Præter expensas litis etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgò distinguunt. Sich. ad l. 15. C. de jud. n. 9. Tessaur decis. 67. Quid si victor propriam causam egit, etiamne salarii ratio habenda? vide Myns. 1. obs. 11. Gail. 1. obs. 15. n. 16. Trentac. 2. pr. res. tit. de postul. res. 3.* l *d. l. 13. §. sive autem. No. 82. C. 10. Debet a. judex factâ impensarum designatione eas taxare & super iis juramentum deferre. Ias. in d. §. sive a. col. 8. Sich. ibid. n. 16. adde Merul. lib. 4. dist 4. sect. 5. tit. 15. C. 1.* m *§. 1. in fin. Inst. de pœn. tem. litig. l. eum quem. 79. de jud. Quando a. justam litigandi causam partes habere intelligantur, id non tam ex jure scripto quam ex usu judiciorum petendum, vide Ias in auth. jubemus. C. de jud. n. 8. & seqq. Sich. ibid. n. 12. Gail. 1. obs. 152. Costal. in d. l. 79. de jud.* n *l. ult. C. de fideic. lib. arg. l. 18. ff. comm. div. Hinc vulgatum illud: Sententia debet respondere petitioni, & conformis esse libello. quod sanè acceptum à jure non abhorret. Schneid. in §. curare, Inst. de act. n. 40. Menoch. 1. arb. q. 31.*

jure,

jure. Petione actoris bifariam; apertè; aut tacitè. Apertè id omne, quod verbis intentionis continetur, quod quidem petitori commodum sit, quamvis de eo is, unde petitur, non senserit, præterquam si quid nominatim exceptum, aut post litem contestatam *o* accidit. Non igitur hic spectandum, quid reus existimet à se peti, sed quid verba petitionis significent. Quid si erunt ambigua? Finge Stichum petitum, plures autem eodem nomine esse apud debitorem. Congruit superiori definitioni id accipi, quod petitor *p* utilius sit. Tantum excipiuntur duo; id, de quo nominatim actum est, ne in judicium veniret, veluti si hereditas petatur, excepto fundo Tusculano: idque dubitationem non habet: tum id, quod post judicium acceptum accidit: non enim potest videri in judicium deductũ, quod peti non *q* potuit: ideoque novâ hic interpellatione *r* opus est. Hic tamen nobis occurritur, & actiones quędam proferuntur, in quibus videri possit etiam id in judicium venire, quod post litem contestatam evenit. Talis est actio in rem, in qua ita jus est, ut possessor rem petitam restituere debeat, quamvis post litem contestatam eam *s* possidere cœperit. Talis est actio de peculio, quâ pater tenetur etiam de eo, quod post judicium acceptum in peculium redactum *t* est. Talis denique est actio pigneratitia, quâ quamvis debitor ante solutionem malè agit: si tamen in judicio offerat pecuniam, rem pigneratam, & quod suâ interest, *u* consequitur. Sed nihil in his definitioni nostræ contrarium. Eveniunt quidem illa omnia post litem contestatam, sed in judicium non veniunt, id est, non petuntur. Petitur enim res possessa, non possessio, nisi fortè per consequentiam: petitur id, quod filius debet, non peculium, quamvis sine eo creditori non satisfieret: petitur res pignori data, non pecunia credita, quamvis eâ non oblatâ inutiliter agatur. Tacitè

o l. solemus. 61. junct. l. non potest 23. de jud.

p Text. expressus in l. si quis. 66. de jud. l. inter stipulantem. 83. §. 1. de V. O. & ibi Duaren. Nic. Vall. de reb. dub. tr. 1. n. 13.

q Non potuit autem peti, quod non debebatur, nec debebatur, quod nondum acciderat, & adhuc in pendenti erat.

r d. l. non potest. l. non quemadmodum. 35. de jud. exempl. in l. 14. §. ult. & l. seq. de aq. pl. arc.

s l. 4. l. 18. § 1. l. si quo tempore. 41. de her. pet. l. sin autem. 27. §. 1. de rei vind.

t l. quæsitum. 30. pr. de pec. vide cap. 34. & 36. lib. 3.

t Etiamsi nihil in peculio fuerit, cum primum ageretur. d. l. quæsitum.

u Ut nec hic novo judicio opus sit. l. 9. §. ult. de pign. act.

in judicium deducuntur, quæ verbis non expressa per consequentiam rei petitæ & ipsa petita intelliguntur, ut fructus post litem contestatam percepti, & reliquæ accessiones, quas res petita secũ *x* trahit. Nam quod dictum est, non videri in judicium deductum, quod post judicium acceptum accidit, ad ea, quæ principaliter petuntur duntaxat pertinet, non ad accessiones, quæ rem petitam ut partes & appendices *y* sequuntur. Ipso jure in judiciũ deducuntur sumtus litis: ideoque etsi nulla eorum mentio in lite contestanda facta sit, tamen victus victori in eos causâ cognitâ condemnandus est, usque adeò, ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem sui periculi *z* faciat. quanquam usu judiciorũ ex sententia Bartoli non aliter victus in expensas condemnari solet, quam si petitæ sint. *a*

x Venire hæc in judicium, & judicem de his quoque pronunciare debere, pluribus locis traditum est, quã ut possit de eo dubitari. l. eũ fundus. 31. pr. de reb. cred. l. 2. de usur. l. illud quoque. 40. de her. pet. l. præterea. 20. de rei vind.

y Ac proinde etsi nominatim petitæ non sunt, ad judicis officium tamen pertinent. d. l. 2. de usur. l. ex diverso. 35. §. 1. de rei vind. l. 25. §. 8. de ad. edict. confer Vant. de null. sent. ex defect. processʃ. n. 97. Don. ad d. l. 31. de reb. cred. n. 6.

z l. properandum. §. sive autem. C. de jud. No. 82. c. 10. Nic. Valla. de reb. dub. tr. 1. n. 18. quæ sententia in puncto juris etiam verior videtur Sichar. in d. §. sive autem. n. 18. post Salicet. ibid.

a Posse tamen judicem ex officio expensas, quamvis petita non sint, adjudicare, licet non teneatur, tradit idem Bart. in d. §. sive autem. & sequuntur Bald. Castr. Ias. ibid. adi Gail. 1. obs. 153. Myns. 4. obs. 55. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 1. C. 1. Damhoud. pr. crv. C. 108.

CAP. XL.

Quibus in causis receptum, ut condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem, aut in id, quod interest.

Atque hæc quidem etsi judicii ratio exigere videtur, evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in æstimationem rei petitæ, aut in id, quod interest. Id quando accidat, & quæ sit æstimandi ratio, videamus. Accidit id & in obligatione dandi aliquando, & in petitione facti plerumque. In obligatione dandi his ferè de causis: si res petita culpa debitoris aut post moram ejus perempta sit, ubi hoc exprimit *b* necessitas: si res aliena, quæ petitur, non nisi immodico

b Nam culpa vel mora rei facit, ut nihilominus teneatur. l. 15 in fin. l. 36. §. 1. de rei vind. l. si servum. §. 3. de V. O.

dico

dico *c* pretio venalis: ſi ſervus legatus petatur, qui ſit pater heredis aut filius *d* naturalis: in judiciis diviſoriis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, ſi res commodè dividi non poſſit,& pars,quæ uni adjudicatur, partem alterius ſuperet: item in actione finium regundorum, ſi neceſſaria ſit *e* adjudicatio: poſtremò ſi re poſt rem judicatam reſtituta plus minuſvè habiturus ſit petitor, quam habiturus fuiſſet, ſi ſtatim eſſet *f* reſtituta. in quibus omnibus ſuadet æquitas & humanitas, ut in æſtimationem rei, non in rem ipſam condemnatio fiat. Eadem rationes efficiunt, ut in iis actionibus, quibus, ut quid fiat petitur condemnatio maxima ex parte fiat, in id, quod intereſt. Petitur, ut quid fiat in actionibus in rem, in actione ad exhibendum, item in actione commodati,depoſiti,& cæteris, quibus ad rem, quæ à nobis profecta eſt, cujus proprietas à nobis non receſſit,reſtituendam agitur: item in omnibus actionibus, quæ ex obligatione faciendi naſcuntur. Si igitur res, de qua reſtituenda agitur, facto rei interiit, eadem neceſſitas, quæ ſuprà, cogit condemnationem fieri in id, quod intereſt. Idem ſuadet æquitas, ſi adhuc extet, & reſtituere juſſus reſtituere non poſſit, quod eam dolo aut culpa deſierit *g* poſſidere. De faciendi obligationibus non uno in loco pro certo jure traditur, in his evenire,ut ſi non fiat, quod promiſſum eſt, condemnetur reus in pecuniam numeratam, id eſt, in tantam pecuniam, quanti actoris *h* intereſt.

Æſtimandi non una ratio: alias enim res æſtimatur à judice; alias à parte. A judice æſtimatur in facti petitione id, quod intereſt, item ſi res facto debitoris poſt judicium acceptum perierit, præterquam ſi dolo in bonæ fidei *i* judiciis. A parte æſtimatio fit in omnibus actionibus, cum res petita periit ante litem conteſtatam culpa tamen debitoris, in

c l. ſi domus. 71 §. 3. de leg. 1. l. 14. §. ult. de leg. 3. DD. in §. 4. Inſt. de legat.

d d. l. ſi domus. §. 3. verſ. aut ſi ſervum.

e Hæc apud Juſtinianum in §. eadem. & §. ſeq. Inſt. de off. jud.

f Sed ut hic æſtimatio in condemnationem veniat, tantum in vino, frumento, & aliis pondere & menſurâ conſtantibus locum habere exiſtimo. l. ult. de cond. trit. l. vinum. de reb. cred. & notat Bachov. in Treutl. diſp. 20, vol. 1 th. 13. in pr. Gothofr. ad l. 3. de reb. cred.

g l. qui reſtituere. 68. de rei vind. vide ſuprà lib. 3. cap. 36. circa. fin.

h l. ſi quis ab alio. §. ult. de re jud. l. ſtipulationes non dividuntur. verſ. Celſus. de V. O. plura ſcripſimus lib. 2. C. 35.

i Et arbitrariis, in quibus in propoſito juratur in litem. l. 5. de in lit. jur. d. l. qui reſtituere.

actio-

actionibus bonæ fidei & arbitrariis tunc etiam, cum res aut contumacia rei non restituitur aut dolo ejus periit post litem *k* contestatam. A judice semper res æstimatur æstimatione communi, quanti ea est aut tempore rei judicandæ, ut in bonæ fidei judiciis, aut tempore litis contestatæ, ut in actionibus stricti juris, præterquam si quid certo tempore aut loco dari debuit, quorum in lite æstimanda in primis ratio *l* habetur. In eo quoque, quod interest, in petitione facti æstimando novissimum solvendi tempus spectatur, quod & ipsum, si dictum est, quo die fieri deberet, est dies constitutus; si dictum non est, litis *m* contestatæ. A parte autem æstimatur quanti res est æstimatione propriâ, nempe jurejurando in litem: de quo præcipimus hujus libri cap. 22. Admonet autem hic locus & rerum tractatio postulat, ut quod de dubitationibus, quæ circa quæstionem de eo, quod interest, excutiendis alibi recipimus, hîc exolvamus.

k *Et hoc quidem casu rem æstimare etiã ex affectione actoris licet, sed illo nõ nisi ex vero. quæ distinctio plenius tradita hujus libri C. 22. & seq.*

l *l. vinum. de reb. cred. l. ult. de cond. tritic. l. 3. §. in hac. commod. vide Hot. illustr. q. 16. Cuiac. ad l. 59. de V. O. & tr. 8. ad Afric. in explicatione l. 37. mand. Don. in d. l. vinum. Ant. Fab. 16. conj. 3. Pac. cent. 3. q. 72.*

m *l. si calendis. de re jud. junct. l. si insulam. 84. de verb. obl. & utrobique Don. adde Gloss. in l. 3. de cond. tritic.*

CAP. XLI.

Quæ sint veterum de eo, quod interest, dubitationes constitutione Justiniani præcisa.

Quibus in causis accidat, ut judex reum convictũ condẽnare debeat in id, quod agentis interest: tum quod id sit, multiplexne, an unius generis, ex iis, quæ tum cap. præcedenti. tum lib. 2. cap. 35. attingimus, intelligere licet. Quas autem de eo dubitationes veteres consulti movere, quasque Justinianus se præcidere *n* profitetur, eas, ut promisimus, hîc excutiemus. Tres autem in summa fuisse videntur. 1. Utrum in eo, quod interest, reputando par damni & lucri ratio habenda. 2. An quidquid habere actor potuit, neque habet, sine exceptione æstimandum. 3. De modo & taxatione ejus, quod interest, si rem ipsam

ex-

n *In l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest pro-fer.*

excedat. Singulas exequemur facto initio à postrema, quando ea primo loco à Justiniano posita est.

De modo igitur & quantitate ejus, quod interest, sic cavet: In casibus certis id, quod interest, dupli quantitatem ne excedat: in incertis totum præstetur, quod interest. Tria hic quærenda: qui dicantur *o* casus certi qui incerti: quod sit hoc duplum in casibus certis, & unde metiendum: quæ hujus juris & discriminis casuum ratio. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam. Certam quantitatem habent, qui certam habent summam *p* pecuniæ obligatione comprehensam. Naturam certam habent, qui rem continent, cujus certa sit natura, ac proinde æstimabilem. Naturæ enim appellatione hoc loco intelligi non potest substantia contractus à cæteris *q* distincta: alioqui nulli non essent casus *r* certi. Ex rebus, quæ in obligationem deducuntur, si quantitatem exceperis, supersunt species debitæ & facta. Species omnes certam habere naturam non est dubitandum. Et sanè de eo nemo dubitabit, si una aliqua species designata sit. Sed quid si sub appellatione generis, aut sub disjunctione promissa? Dicemus nihilominus rem certæ naturæ promissam esse: nam etsi nunc nescitur, quid præstaturus sit debitor, atque ideo obligatio incertum continere dicatur: tamen cum præstitum est, quid & quanti sit, ignorari non potest: Hoc verò ipsum videbitur, quod *s* promissum est. Fac ergò hic usuvenire, ut præter rem præstandum sit id, quod interest, puta quia certo loco dari debuit, neque data est, ita ejus habenda ratio, ut duplum ejus quantitatis, quæ in obligationem venit, non excedat. Ex factis ea in rebus certæ naturæ numerabimus, quibus conventione contrahentium

o Id pro confesso hic sumendum, casus hic appellari, causas seu species actionum, in quibus quæritur vel de dominio, vel de possessione, vel de obligatione, uno verbo controversias omnes, quæ in judicium deducuntur. Ant. Cont. tr. de eo. quod int. C. 4.

p Don. tr. de eo quod int. C. 5. arg. l. 2. §. ult. qui satisd. cog. l. ult. de præt. stip & similib. Nec tamen à quãtitate exclusferim res alias fungibiles. Molin. hoc tr. n. 42. Res a. eodem recidit, si sub rebus certæ natura cõprehendas.

q Ut certam naturã dicitur habere contractus emphyteuticus. §. adeo. Inst. de locat. id est, certam definitionem & substantiam à locatione & emtione distinctam. l. 1. C de iur. emph.

r Ant. Fumæus hoc tr. C. 4. Don. eod. C. 5. diss. Ant. Cont. d. loc.

s Molin. d. tr. n. 43. Don. d. C. 5, In quo itidem errat Cont. d. loc. Nam electio debitoris efficere non potest, quo minus id, quod interest, certa naturæ vel quantitatis objectum habeat, nempe illud, in quo fit tandem obligationis executio. Molin. d. loc.

certa

certa æstimatio dicta est: id quod in venditionibus & locationibus *t* accidit. Proinde si venditor aut locator ob id, quod rem aut usum ejus non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnādi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit quia certam naturam & hic casus habet. Clarius res elucebit oppositu casuum incertorum.

Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autē nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus, quod interest, apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus, quod interest, præstatio petitiove continetur. Esse id, quod interest, incertum, & ex facti circumstantiis ita pendens, ut nihil certi de eo definiri possit, *u* manifestum est. Tantum causæ, in quibus id solum in obligationē venit, quærendæ. Sunt autem ex contractibus & quasi contractibus omnes, quibus, ut quid fiat, continetur, cujusmodi sunt præter stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorū gestorum: ex maleficiis ea, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur; ut fit in lege Aquilia de damno injuriâ dato; in interdicto unde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto, surreptâ eâ re, quæ certo die sub pœna *x* debebatur. In his igitur omnibus tantū, quantū interest, ex constitutione Justiniani *y* præstandū. Excepimus ex faciendi obligationibus venditionē & locationē, propterea quod in his factum ab initio æstimatur, id est, pro re, quæ tradenda est, aut usu rei certum pretium aut merces constituitur. Cæterum non in omnibus, quæ exempto aut conducto præstanda sunt, ad casus certos hi contractus referri possunt. Certum est æstimatione remota facta omnia esse incerta. Fingamus ergo non agi de re, quæ exempli causa, æstimata & vendita est præstanda, sed de eo, quod venditor præter rem præstare

t DD commu. post Pet. & Bart. in hac l. uni. Con. d. C. s. unde & in venditionibus & locationibus casus certos esse nominatim dicit cōstitutio. Subtilem hīc agit Molin. d. tr. n. 73.

u l. quatenus. de R. I. l. 6. de vi & de vi arm. §. ult. de verb. obl. l. ult. prat. stip.

x Vide de his omnibus l. si quis ab alio. § ult. de re jud. l. si procuratorem. §. mandati. ff. mand. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 2. de neg. gest. l. ait lex. ad l. aq. l. 1. §. non solum. de vi & de vi arm. l. si quis vas 48. pr. de furt. l. inficiando. 67. § 1. eod. ad de Don. d. tr. C. 6. Fum. C. 3.

y An etiam in delictis, quamvis incerta pœna a lege constituta? aff. per text. expressum in d. l. inficiando. § 2. Alciat. ad h. l. nu. Ca 301 Dom. de loi. Fachin. 1. contr. 49. ubi vidi dissentientes.

stare debet, nempe dolum malum abesse (id enim judicio emti naturaliter z continetur) dubitandum non est, quin hac parte venditio, itemque locatio, ad casus incertos referenda sit: cum quanti sit dolum adhibitum non esse, neque ab initio statuatur, neque statui possit, quia ex incerto eventu pendet: veluti si quis sciens tignum aut vas vitiosum vendiderit. a

In casibus incertis de duplo nulla quæstio esse potest: quia totum, quod præstatur, quantumcunque est, simplum est. In iis, qui certi sunt, duplatur simplum, quod in obligationem deductum est, habita ratione pretii, quod à contrahentibus dictum est, ut ne ultra duplum ejus id, quod interest, b æstimetur: quamvis res pluris sit aut minoris. In duplo autem etiam simplum id, quod duplatur, continetur: ut & alias ferè semper. c

Constituendi hujus juris ratio, ne pœna plus justo culpam excedat. Creditori autem abundè esse debet, quod altero tanto amplius consequatur, quã ex obligatione præstari d debuit. Non enim placuit eandem rationem esse adventitii lucri & repetitionis. Cur ergò non idem modus casibus incertis præfinitur? Quia in iis duntaxat casibus duplum intelligi potest, in quibus à principio res alia obligatione continetur, quæ duplari possit. Hoc autem in casibus certis duntaxat accidit. In incertis verò nulla res est, quæ ab eo, quod interest, duplo excedatur, cum nihil aliud, quam id, quod interest, in obligationem veniat.

z l. ea quæ. l. si eum. 68 de contr. empt. l. 6. §. pen. & ult. de act. emt.

a Fac ergo, ædes vitio ligni corruisse, vinum aliudve liquamen vitio vasis effluxisse; omnia detrimẽta, quæ ex ea emtione emtor traxerit, venditor præstare debebit. l. 15. pr. d. l. 6. §. si vas. de act. emt. Molin. n. 5. Don. C. 7. in fin. ubi post Ant. Cont. etiam rationẽ reddit, ex l. cum aurum. §. argento. de aur. arg. leg. cur venditor vitiosi vasis ignorans & nihil de integritate ejus prædicens teneatur, secus atque in aliis rebus, ad conciliandam d. l. 6. §. si vas. cum d. l. 15. adde l. 19. §. 3. locat. b *Idque satis probat. l. cum fundus. 48. & manifestius l. si fundo, 53. de evict. idem etiam colligitur ex l. Titius. 43. in fin. cum l. seq. de act. empt. Fum. d. tr. C. 4. Don. C. 8. Cont. ibid. circ. fin. Fach. 1. cont. 48.* c *Nisi n. expressè. ut dupli, ita separatim & simpli, quod in obligationem venit, actio constituta sit, quod fit in furto, semper in duplo simplum id, quod duplatur, contineri satis arguit §. ult. Inst. de oblig. quæ ex del.* d *Pœnas enim moderatas statui oportet, tam à judice, quam à lege, ut indicat ipsa constitutio. Quæsitum an etiam ad pœnas conventionales constitutio pertineat. Et non pertinere verius est, per ea, quæ tradunt. Cont. d. loc. Don. C. ult. quod & Senatum Parisiensem judicasse testatur Rebuff. in comm. ad h. l. n. 49. vide Fach. 1. contr. 50. diff. Molin. 159. & seqq.*

CAP.

CAP. XLII.

Utrum in eo, quod interest, etiam lucri ratio habeatur? & num omne id, quod actor consequi potuit, æstimetur.

Ex tribus igitur quæstionibus de eo, quod interest, propositis, eam, quæ est de modo, quem Justinianus huic rei statuit, ὕστερον πρότερον, explicavimus. Supersunt duæ priores, quæ quid sit in eo, quod interest, expedient. Prima est, an in eo, quod interest, æstimando, sicut damni, ita etiam lucri habenda sit ratio. Id verò verbis ipsis constitutionis Justiniani apertè exprimitur, comprobantis sententiam veterum, qui non damnum tantum, sed etiam lucrum æstimandum esse, constanter *e* tradiderunt, exemplisque earum rerum, quas consequi & lucrari potuimus, hanc suam sententiam *f* illustrarunt. Unde igitur nata hæc dubitatio? Non tam ex eo, quod veteres non unum idemque hîc senserint, quam quod in speciem contraria respondisse videantur. Sunt enim loci quidam, in quibus lucrum ab eo, quod interest, disertè removetur. At quodnam lucrum? nempe quod aut circa rem non consistit, quale damnum similiter removetur: aut injustum est, quod meritò veteres excepisse nemo negabit. Id verò ita esse, quivis intelligere poterit, qui modò causas, quæ in hujusmodi *g* locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesin accommodatur, animadvertet.

De altera, an sine exceptione, quod quis habere potuit, æstimandum sit, sic ex veterum item sententia constituit: Damnum, quod revera inducitur, lucrum, quod revera abest, præstetur. Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id, quod ex veteribus Paulus *h* scripsit; om-

e l. 21 in fin. de eo quod cert. loc. l. si fundus. locat; l. si commissa. rem rat. hab.

f l. proinde si servum. & l. inde Neratius. ad leg. Aqu. l. in hac. 28. de damn. inf. l. si procuratorem rat. hab.

g Sunt autem hi loci præcipuè duo l. Proculus ait 26. de damn. inf. l. si is cui. 72. §. ult. de furt. est & tertius in l. si sterilis 21. §. cum per venditorem. de act. empt. sed hic apertè etiam ejusdem generis damnum removet. adde Cont. hoc tr. C. 3. & 4. Don. C. 10. Alc. in comm. ad hanc l. C. ult.

h In d. l. si sterilis. § cum per venditorem. de act. emt. vide Cont. d. C. 4. Don. C. 11. Fum. C. 3. Hinc nata DD. distinctio in interesse intrinsecum & extrinsecum, de qua vide Molin. n. 13.

nem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit, non venire, quæ extra rem sit. Id hanc habet sententiam, ut non continuò id, quod haberi potuit præstito eo, quod debebatur, quasi absit, æstimari debeat: sed quod ideo abest, quia datum factumve non est, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus; ut haberi certò potuerit; ut potuerit ex eo solo, quod præstandū erat, non aliunde: ac proinde & duas hinc utilitates removemus; si quid habere ex re petitor potuit, sed ita, ut etiam potuerit non habere; si quid habere potuit certò quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratiâ in flumine posuerant, culpâ alicujus tracta sunt, placet duntaxat retium æstimationem fieri, non piscium, quia incertum fuit, an i caperentur. Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum: non est æstimandum, quod his rebus traditis emtor fortè negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem k percipitur, nempe ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit. Neque tamen idem putamus esse, ex corpore rei nasci & circa rem consistere. Nam circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet, licet extrinsecus l veniat. Ex re non nascuntur mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita: quorum tamen utilitatem maximè circa rem consistere convenit. Servus, qui heres institutus, venditus & traditus erat, evictus est, placet etiam ob hereditatem amissam ex emto agi m posse: quia

i l. quemadmodum. 29. §. 3. ad leg. Aq. quod ad res omnes ejusdem generis transferre licet Planè si in contractu actum sit, ut incertus V. C. captus piscium æstimetur, is æstimandus est propter conventionem. l. si jactum. de act. emt. æstimatio a. redigetur ad id, quod consuetum est capi. arg. l. 1. pr. de usur. Molin. n. 81. & seqq Din. d. loc.

k d. l. si sterilis. §. cum per venditorem, aliud a. esse. ex re nasci. aliud propter negotiationem percipere apertè docet Paul. in l. venditor. 21. vers. nam si. de her. vel act. vend.

l Exempla præter ea, quæ subjecimus, suppeditantur in l. proinde. & l. seq. ad leg. Aquil. l. in hac 28. de dam. inf.

m l. 8. de evict. Malè itaque Bart. in hac l. un. col. 6. hereditatem servo relictam, & jussu emtoris aditam ad interesse extrinsecum refert, ut rectè notat Fum. C. 3. nisi tale interesse extrinsecum quidem esse, sed nihilominus circa rem consistere & huc pertinere dicamus.

here-

hereditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. In universum igitur, non quid paretur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hîc spectandum est.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contrà, quam Paulus definivit, etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse *n* tradidit, non in damno solum, sed etiam in lucro: idque in iisdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Hæc sic commodè conciliari posse videntur: ut dicamus, nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandum esse: nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitam esse rationem, quod si contingat, conventionem servandam esse. De eo autem casu solo Ulpianum loqui manifestum est. Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitrariâ, in qua ait hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor fortè eo loco, quo pecunia dari promissa est, pecuniam debuit sub pœna aut pignoribus, & ob id, quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissa est, aut pignora distracta. At quamobrem? Nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, solutionem *o* retulisse. Nec vero sola loci adjectio hoc efficit, sed etiam solutionis in certam personam aut tempus collatio, si creditori expediat, aut ei personæ, quæ adjècta est, eove tempore *p* solvi propter ejusdem generis utilitates. Enimverò non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hîc æstimabitur, sed ea tantum, ad quam adjectione harum circumstantiarum credibile est respexisse *q* actorem. Igitur adjectione loci id

n In l. 2. §. ult. de eo quod cert. loc. quo motus Alciat. contra omnes fere statuit, habendam esse rationem omnis utilitatis, quam actor consequi potuit, etiamsi circa rem non consistat, praeterquam in venditione, idque sine distinctione rerum, aut adjectionis loci, aliusve circumstantiæ, quem benè refellit Don. d. C. 11.

o Cont. hoc tr C. 4. in fin. Don. eod. C. 11. Neque id in pecunia numerata solum locū habet, sed etiā, & vel magis in alia quavis re fungibili, ut rectè Don. d. C. 11. & Molin. n. 97. & seq. licet. diss. Bart. & cum eo cōm. DD.

p Ut disertè scribit Papin. in l. liber homo 118 §. ult. de verb. obl. ubi vide Don.

q Idque liquidò apparet ex verbis Ulpian. in d. l. 2. §. ult. de eo quod cert. loc. ubi ex Iuliano Labeonis sententiam refert & probat.

id tantum agi intelligetur, ut eam utilitatem consequatur, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset. Quod si eo loco nihil interfuit, quamvis si alibi soluta esset pecunia, actor consecutus esset, ne, verbi gratiâ, in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam hujus rei rationē duci oportebit. Stipulatus sum decem mihi aut Titio dari: non omne æstimabitur, quod interfuit meâ, sed quod interfuit Titio *r* solvi. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas *s* intervenerit. Hoc autem genere utilitatis in his causis recepto, consequens fuit, ut non damni solius, sed etiam lucri ratio *t* haberetur. Finge stipulatorem pecuniâ suo loco acceptâ merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari & lucrum facere. Hoc quoque æstimabitur. Illud interest, quod in damno persona non distinguitur, stultè enim quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit. In lucro autem etiam personæ conditio & consuetudo spectanda est, ut videri possit voluisse ad eam spem & cogitationem loci adjectionem referre: Finge mercatorem esse, qui merces eo loco comparare & negotiari solitus sit. *u*

r Puta ne si illi solutum non esset, pœna, quam promiserat, committeretur. d. l. Liber homo. §. ult. si cubi s. alias expedivit mihi pecuniam solvi, ut alii præstarem, id in æstimationem non veni: quia hoc actum nō est. Don. d. C. 11.

s l. 4. in pr. de eo quod cert. loc. l. si fundum. 114. de verb. obl.

t Patē enim esse damni facti & lucri amissi rationē suprà effectum est. *u d. l. 2. §. ult. de eo quod certo loc. Pluribus hæc exequitur Don d. C. 11. circa fin. & in d. l. 2. §. ult. quem vide.*

CAP. XLIII.

Nullius momenti esse sententiam, quæ certæ rei aut quantitatis condamnationem non habet.

NOn est satis ad controversiam dirimendam, ut judex reum sententiâ suâ absolvat aut condemnet, sed insuper necesse est, sicut suprà diximus, ut cum condemnat, condemnet in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, ut certam sententiam *x* ferat. Nam cum ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur contro-

x §. curare. Inst. de act. tit. C. de sent. quæ sine certa quant.

verſa, ut ea etiam augeri poſſit. Quamobrem meritò placuit hujaſmodi ſententiam ipſo jure nullam eſſe, nec rei judicatæ auctoritate *y* cenſeri. Hæc definitio generalis eſt, ad omnes omninò actiones pertinens, ſive ſtricti juris ſint, ſive bonæ fidei aut arbitrariæ, etiamreas, quibus incerta quantitas petita eſt. In actionibus bonæ fidei permittitur judici æſtimare, quantum alterum alteri ex bono & æquo præſtare oporteat, in arbitrariis, quemadmodum actori ſatisfieri. Si quæ tamen hîc pro poteſtate æſtimabit, etiam certa hæc eum facere oportet, & ſententiâ ſuâ complecti: utpote quod juris neceſſitati, non judicis poteſtati ſubjiciatur, qui in omnibus actionibus curare *z* debet, ut omninò certam ſententiam, quatenus id fieri poſſit, ferat. Atque hoc adeo verum eſt, ut etſi incerta quantitas petita ſit, puta ex obligatione faciendi id, quod intereſt, nihilominus certa ſententia ferenda ſit: ut judex prius cognoſcat, quanti interſit actoris, & quantum id eſſe cognoverit, tantum ſententiâ ſuâ complectatur, in eamque ſummã reum *a* condemnet. Nec eſt metuendum, ne hîc judex videatur reum in aliam rem damnare, quam quæ petita *b* eſt: nam quemadmodum ſcitè à veteribus *c* dictum eſt, eum, qui frumentum ex ſpicis excutit, non novam ſpeciem facere, ſed eam, quæ eſt, detegere: ita & judex, cum certam ſummam dicit ejus, quod intereſt, non aliam rem dicit, ſed eam, quæ petita eſt, & quam actor intelligi voluit, explicat.

Enimverò hæc ita ſunt, ſi rei natura patiatur, ut certa ſententia ferri poſſit: nam ſi per rei petitæ naturam non liceat judici certam ſententiam ferre, dubium non eſt, quin incerta valere *d* debeat. Ut au-

y l. pen. & ult. C. d. tit. l. in ſententiis. 59. de re jud. vide Schneid. in d. §. curare. n. 22. poſt Iaſ. & DD.

z d. §. curare. ubi duo omnino DD. ponderant: primò, quod textus ait, curare debet, quod præceptũ eſt, non ſimplex admonitio. & ut Gloſſ. loquitur in l. 8. de off. præſ. neceſſitatem importat. Secundò, quod ait omnimodo, de cujus natura eſſe notant, importare generalitatem, ut omnẽ caſum complectatur. juxta Gloſſ. in l. 14. §. quatenus, quod met. cauſ. & in d. §. curare. Mynſ. in d. § curare. n. 3.

a d. §. curare. & ibi Gloſſ. in verb. vel rei. quam cõmuniter ſequuntur DD. poſt Bart. in l. certi condictio. de reb. cred. in l. un. C. de ſent. quæ pro eo, quod int. prof. quo loco etiã id fieri debere ſatis apertè præcipitur. *b Contra quã cautũ eſt l. ult. C. de fideic. libert.* *c à Gaio in l. adeo. §. cum quis ex aliena. in fin. de acq. rer. dom. Don. in d. § curare. Inſt. de act. n. 5. Vulgo a. reſpondent, incertũ & certum eſſe qualitates, quæ non faciunt difformitatẽ inter Libellũ & ſententiã. Mynſ. in d. §. curare. n. 4. d Vide Gloſſ. in d. §. curare. in verb. poſſibile. Don. ibid. n. 6. 10. Fab. n. 1. Schneid. n. 32.*

tem certam ferre non possit, accidit cum plures res disjunctim vel generaliter promissę *e* petuntur. Nam cum in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, non potest judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum *f* condemnando. Illud obiter notandum, certitudinem sententiæ non ex eo solo metiendam, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit, sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum: veluti si dicat, Solve quod petitum est, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum sit: Solve, quod illis codicillis continetur, cum codicilli in judicio essent *g* prolati. Sed etsi dixerit, Solve quod debes, nec ad certam partem actorum se retulerit, nihilominus tamen pleriq; existimant valere sententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi ad eas tacitè se retulerit eas approbans pronunciando. Quod si id ex actis probatoriis non appareat sententiam non valere: tametsi certa quantitas libello *h* comprehẽsa sit; nam cum jus vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, judicem se eò referre † voluisse.

e Quod & in actione universali, & in fructibus & expensis petitis, servata taxatione judicis, admittendum esse notant DD. de quo plenè Io. Fab. ad d. § curare. n. 16. Quid in actionibus generalibus puta, tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum? Et quia in his res ante sententiam declarãdę sunt. etiam certa sententia ferri debet, quod quomodo procedat, docet idem Fab. d. loc. n. 13. Addit Gloss. d. loc. Idem exquire in judiciis noxalibus: sed comm. reprobatur per l. 6. §. 1. de re jud. *f Excipiunt, nisi reus ante sententiam declaraverit, quam rem dare velit Mynſ. in d. §. curare n. 16. Schneid. n. 28. & seq. post Plat. ibid. n. 8. & 12. Quod non est probandum: nam promissor in eo voluntatem mutare potest, quoties vult, & quoad quid solverit. textus expressi in l. qui ex pluribus. 106 l. eum qui. 138. de V O difficultatem expedit Don ad d. l. 106.* *g l. 5 §. 1. & ibi DD. l. in sententiis. 59. de re jud. l. pen. C. de sent, quæ sine cert. qu pron.* *h Vide Mynſ. in d. §. curare. n. 12 Schneid. ibid. n. 24. Mathesilan. singul. 141. & qui accuratissimè omnium distinguit. Pet. Barbosa, ad tit. ff sol. matr p. 3. rubr. n 47. adi & Zaz. in l. 5 §. 1. de re jud.* *† Et ergo notandum, nunquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eam expressè habita sit relatio. Pet. Barbos. d loc. n. 48.*

CAP. XLIV.

Qualem sententiam ferre & quomodo judex debeat.

MAlè si res habeat, si judici permittatur, quo velit modo, ita judicare. Itaque refert, qualem sen-

sententiam & quo modo seu quo ritu dicat: & si bene rationem subduxi, unum id adhuc superest, de quo in proposito nobis cognoscendum. In primis illud observare judex debet, ut ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum *i* est. Quod præceptum ad omnes judices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter judicent: quanquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas aut supremum *k* senatum. Quod si jus scriptum cum æquitate pugnare videbitur, potiorem esse placuit æquitatis rationem, nec verba legis præfractè retinenda, sed sententiam, & quod ratio juris scripti dictat, esse *l* amplectendum: nam, ut ait M. *m* Tullius, scriptum sequi calumniatoris est, boni judicis scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere. Utamur exemplo: Lex est; judicium nullum esse, quod cum minore intercessit sine curatoris auctoritate. Acta est res cum minore & sententia pro eo lata: si verba legis, id est, jus strictum sequi volumus, sententia non valebit. At hoc non est legis sententia, cui hoc tantum propositum, ne noceat minori, quod cum eo sine curatore gestum *n* est. Cæterum si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, & tamen à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, diffideant: hîc res non à judice, sed à solo principe *o* constituetur: cum ejus solius sit mutare legem, cujus & condere. Huc pertinent tot exceptiones & actiones, tot bonorum possessiones à prætore contra manifestum jus civile ex æquo & bono comparatæ, in quibus ante jus à prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus aut judex potuit. Ea, quæ de auctoritate communium opinionum hîc disputari

i *Inst. de off. jud. in pr. aut. jubemus. C. de jud. Et primò quidem spectare judices debent jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores & consuetudines locorum. Gail. 1. obs. 36. n. 12. & seqq. quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Rom. tanquam ad ἄσυλον confugere solent.*

k *VVes. ad l. 1. C. ub. de crim. n. 1. Damhoud. pr. crim. C. 118. n. 3. & 4. Justinianus tamen in No. 8. C. 12. de præsidibus provinciarum loquitur. & in No. 82 C. 13. omnem dubitationem tollit.*

l *l. placuit. C. de jud. l. in omnibus. 90. de reg. jur.*

m *In orat. pro Cecinna. ubi disputat pro sententia interdicti unde vi. contra scriptum, id est, pro æquitate contra jus strictum & summum. confer Budæ in annot. prior. in pr.*

n *Generaliter enim quod pro aliquibus introductum est, id in eorum damnum torqueri non oportet. l. quod favore. C. de legib.*

o *In quam sententiam accipienda constitutio Constantini in l. 1. C. de legib. exempl in l. 12 qui & à qu. man. vide Bud. d. loc. Mell. 1. semest. 37. n. 6. & seqq. Arn. Holstein. tr. de aquis. C. 9. & seqq.*

ſolent, in medio relinquo. Unum dico: Etſi non vile eſſe debet, quod plures ſentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium ſententiis *p* comprobatur: non tamen uſque adeò valere debere, ut aut legem vincat aut rationem. *q*

Solemnia, quæ in ritu ſententiæ proferendæ exiguntur, ferè hæc ſunt: ut pronuncietur à judice *r* ſedente, eoque ipſo recitante ſententiam, niſi ſit perſona illuſtris, quæ ſententię lectionem alii demandare *s* poteſt: ut recitetur ex *t* ſcripto: ut linguâ vulgari & *u* uſitatâ: ut loco publico & *x* conſueto: ut interdiu, nec tamen die *y* feriato: denique ut præſentibus litigatoribus, iiſve ſaltem legitimè *z* evocatis. Primum apud nos non uſquequaque obſervatur, apud quos ſcriba ſeu graphiarius, præſente tamen judice, ſententiam recitat. Poſtremùm autem planè in deſuetudinē abiit, & more fori noſtri ſufficit partes ſemel ad totam litem citatas eſſe: adeoque in perſona procuratoris ſui præſentes eſſe *a* intelliguntur. De eo autem ſic eſt jus commune. Utroque litigatore abſente, quamvis legitimè vocato, judicari non poteſt: altero abſente non aliter poteſt, quā ſi legitimis edictis evocatus copiam ſui non *b* fecerit. atque hoc ideo fortè conſtitutum, quia litigatorum præſentia deterrere judicem poteſt, ne quid iniquè præſentibus ipſis ſtatuat. Tria autem ad hoc edicta requiruntur, quæ per intervallum non minus decem dierum proponantur, quibus propoſitis impetratur id, quod appellant *c* peremtorium. Poteſt verò hic numerus re exigente minui, edictumque peremtorium poſt unum vel alterum, & nonnunquam

p Clement. 1. verſ. quod etiam. de ſent. excom. facit l. ult. de fideic. l. 1. pr. de off. quæſt. l. 4. de his qui not. inf. C. ult. diſt. 20.

q Per l. 2. C. quæ ſit long. conſ. Cōſule de toto hoc argumento doctiſſ. Enucleatorem Don. lib. 26. C. 2. lit. A.

r No. 82. C. 3. C. fin. de re jud. in 6. Rol. à Valle. 1. conſ. 41. n. 14.

s l. 2. C. de ſent. ex peric. rec. Spec. de ſent. §. ſequitur. in pr. Marant. eod. n. 96.

t d. tit. C. de ſent. ex per. recit. ibique Bart. & DD.

u Vide DD. in l. 48. de re jud. & in l. 12. C. de ſent. & interloc.

x l. 6. C. d. tit. l. pen. de juſt. & jur. l. 59. de jud.

y l. 4. C. quom. & qu. jud. Noctu non poſſe ſententiam ferri obtinuit ex l. 2. §. 31. de Orig. jur. C. conſuluit. de off. del. niſi conſenſus partium accedat. Menoch. 1. arb. q. 62. Vant. de null. ex def. juriſd. ord. n. 132. Marant. hoc tit. n. 92.
z l. 47. de re jud. d. tit. C. quom. & qu. jud. & ibi DD.
a Vide de tota hac re Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 2. C. 1. add. Gail. 1. obſ. 109. n. 1. & ſeqq. Mynſ. 3. obſ. 71.
b l. 7. & 2. ll. ſeqq. C. quo. & qu. jud. l. ſi prætor. 75 ff. de jud. Notandum a. eſt ea, quæ hic propoſuimus de ſententia adverſus abſentem licet citatum, ferenda, non niſi poſt lit. cont. locum habere: nam ea deficiente aliis remediis opus, de quib. ſuprà 6. 3.
c Vide l. 68. & aliquot. ſeqq. ff. de jud. l. 53. §. 1. de re jud.

ſtatim

ſtatim dari: quod æſtimare oportet eum, qui jus dicit, pro conditione cauſæ vel perſonæ vel temporis; & ita ordinem edictorum vel compendium *d* moderari. Sed nec peremtorium ſemper neceſſarium eſt; verum tunc ſolum, cum tres denunciationes aut non intervenerint, aut intervenerint adverſus abſentem, cui coram denunciatum non *e* ſit. Edictorum ordine adverſus reum peracto, ſiquidem is aderit cognitionis die, auditur quidem; ſed prius omnia damna jubetur ſarcire adverſario, quæ ob fruſtrationem ejus *f* contigerunt. Si non venerit, citabitur abſens, & ſive reſponderit, ſive non reſponderit, agetur cauſa & pronunciabitur, non utique ſecundum præſentem: ſed interdum vel abſens, ſi bonam cauſam habeat, *g* vincet. Succumbenti autem, ſi per contumaciam defuit, appellationis remedium, aliis paratum, *h* denegatur. Quod ſi actor ipſe aberit, cum reus venerit, non cognoſcitur de cauſa, ſed *i* circumducitur peremtorium; reuſque ab inſtantia & obſervatione judicii *k* abſolvitur.. Cæterum ſi ultrò abſentem actorem provocet, & rem cognoſci velit, eadem adverſus actorem ſervantur, quæ adverſus abſentem *l* reum, Unum diſcrepat, quod etſi actor vicerit, in expenſas tamen litis reus non damnetur. *m*

d l.72. de jud. Exiſtimat Bachov. in Trentl. vol.1. diſp.12.th.15. etiam ſimplicem citationē ſufficere, ubi partes ſatis auditæ ſunt, & in cauſa concluſum. per l.2.C.quo.& qu.jud.

e d.l.2.& l.9.C.d.tit.d.l.53.§.1.de re jud.

f Hoc enim conſtitutum eſt adverſus omnes, qui in quavis parte judicii juſſi adeſſe primò contemſerunt, deinde apparent. l.13.C. de jud.

g l.73.ff. de jud.l.1.C.quo.& qu.jud. Hinc rectè DD.vulgò.ob ſolam contumaciam, actore non probante, reum causâ non cadere, Menoch. arb. ca. 280. n.4. Gail.1.obſ.60.n.8.

h *l.73.§.ult.l.75.de jud.l.1.l.4. in fin. C.quor.app.non recip.quod & notamus infra C.53.*

i *d.l.73.§.1.id eſt, deletur ac obliteratur, ſeu perinde habetur ac ſi impetratum non eſſet. De pœna actoris contumacis vide quoque Damh.pr.civ.C.77.Mynſ.4.obſ.65.*

k *Si id poſtulet, d.l.73.§.2.l.13.§.& ſiquidem.C.de jud.non a. ab ipſa cauſa: nam deintegrò litigari poteſt.*

l *Et pariter actor ita victus reo abſoluto non appellat. d.l.13.§.2.*

m *Ut, eſt conſtitutum à Inſt. in d.l.13. §.2.*

CAP. XLV.

De auctoritate rei judicatæ. Quid ſit res judicata; quid item ſententia, & interlocutio.

OMnem juris noſtri conſequendi rationem ad tria ſumma capita initio revocavimus: quorum

in

in primo quæratur de iis, quos adire de jure noſtro oporteat: in altero de ordine & via, quibus eò perveniatur: in tertio, de remediis, quibus in executione rerum judicatarum urgeantur nec obedientes rei. Ad duo illa priora pertinent ea omnia, quæ hactenus à nobis expoſita ſunt: ſolum reſtat poſtremum, de quo cum dixero, cognita eſſe poterit univerſa juris noſtri in primo judicio obtinendi ratio. Igitur cum nihil agat ſententia, niſi ei pareatur, reſtabat in perſecutione juris noſtri, ut adverſus non parentes ſtatueretur *n* rei judicatæ auctoritas. Quâ conſtitutâ, hæc de ea quæri cœperunt: an res ſemel judicata ita rata ſit, ut judici non liceat ſententiam ſuam reſcindere aut mutare: an rata ſit inter omnes, ſi fortaſſe alii de eadẽ re experiantur: an omni ſententiæ ſine exceptione parendum: ſi parendum, & adverſarius recuſet, quæ ſit ratio, quâ ſententia mandetur executioni: quando executio peti aut actione judicati condemnatus conveniri poſſit: Hæc executio an pariter adverſus omnes omnibuſque in cauſis uſurpetur. quibus ad extremum ſubjiciemus de confeſſis in jure: quando & ipſos pro judicatis haberi placet.

n à qua provocatum non eſt. l. 1. C. l. 32. ff. hoc tit. de re jud. Hinc auctoritas rerum judicatarum, ut vocatur in l. 20. C. de tranſact. l. pen. C. hoc tit. l. 65. §. 2. ff. ad Sc. Treb.

Sed prius, quam hæc examino, non abs re fore videtur, ſi quid ſit rès judicata, quid item ſententia & interlocutio judicis paucis definiamus, ut ſi qua ſit inter hæc differentia, cujus uſus eſſe poſſit, ea his cognitis facilius percipiatur. Res judicata eſt, definitore Modeſtino, quæ finem controverſiarum pronunciatione judicis *o* accepit. Sententia autem eſt ipſa judicis pronunciatio, quâ hic finis liti imponitur. ut hoc tantum inter hæc duo interſit, quod res judicata cauſam & litem, quæ finita eſt, ſententia autem id, quod eam finivit, *p* ſignificet. Quod tamen

o l. 1. hoc tit. controverſiarum. dixit in plurali numero: quia ſi plures in una lite aut judicio erunt controverſiæ, ut evenit in univerſalibus & generalibus judiciis, de omnibus pronunciari debet: atque in eo hæc regula tenenda; in uno eodemque judicio non poſſe rem judicatam in partem valere, in partem non valere. l. 27. fam. erc. facit l. 19. §. 1. de rec. arb. vide tamen Cujac. 23. obſ. 1. Vant de null. ſent. ex def. proc. n. 100. In appellationis a. judicio ſententia prior partim confirmari, partim infirmari poteſt. l. quadam mulier. 41. famil. erc. Cujac. d. loc.

p Duar. ad l. 1. hoc tit. Donell. ibid. Cic. 2. de invent. adde Monach. pract. p. 15. C. 1, n. 3. Robert. 1. ſent. 23.

men non est perpetuum. Non enim semper res judicata accipitur de re, de qua judicatum est, ut verbis *q* edicti serviens Modestinus accepit: sed sæpe etiam de eo, quod judicatum; ut cum dicimus, rei judicatæ standum esse; rem judicatam rescindi non posse, & similia: in quibus manifestum est, rem judicatam nihil aliud significare, quam ipsam judicis sententiam. Plerique tamen etiam hîc inter rem judicatam & sententiam hoc interesse volunt, quod res judicata propriè dicatur, cum ab eo, quod pronunciatum est, appellari non potest: sententia etiam tunc, cum *r* potest. Sed minus rectè meo quidem judicio, cum ne appellari quidem posset, nisi res esset *s* judicata: nec hoc à qualitate sententiæ pendeat, sed à conditione judicis. Nihil ad rem facit, quod controversia non possit dici finita, quamdiu appellari potest: sufficit enim finitam esse mente & proposito judicantis, atque in eo judicio, quo agebatur. Cum igitur *t* Pontifex dicit, sententiam, à qua post spacium decem dierum appellatum non est, transire in auctoritatem rei judicatæ, rem judicatam in potentiori significatu per antonomasiam accipere intelligendus est.

Interloqui dicitur judex, cum aliquid pronunciat, quod ad præparandam causam magis & promovendam pertinet, quam ad *u* terminandam: cujusmodi sunt, cum judex jubet, ut litigatores adsint producantur testes, instrumenta proferantur. Interdicta quoque causam plerumque præparant. Quapropter si cum de proprietate ageretur, inciderit quæstio de possessione, & pronunciatum sit litis ordinandæ gratia, erit *x* interlocutio. Item pronunciatio, quæ post

q Sic enim verba edicti fuerunt: Si res, de qua agitur, judicata esse dicetur. l. res ipsa, quæ in judicium venit.

r Ceras. ad l. 25. de stat. hom. P. Fab. ad l. 207. de R. I. Gord. in Clem. un. de sequestr. n. 790. Zaz. ad l. 1. hoc tit.

s l. 6. & l. 14. C. de app. Stacimq; post sententiam rē judicatam dici probatur. l. 7. & l. 11. ff. & l. 32. C. de transf. consentit Duar. ad d. l. 1. & comm. DD. teste Vasq. 2. contr. usu freq. 35. n. 2.

t In C. quod ad consultationem. hoc tit. Eo a. modo ICtos nostros locutos non esse, & locutionem esse parum accuratam notat Eachov. in Treut. vol. 2. disp. 23. th. 1.

u l. 19. §. 1. de rec. arb. Interloqui enim dicitur judex, dum sententia fuerit dicta vel executio facta: sicut interdictum plerique, dici existimant, quasi interim dictum. Duar. ad d. l. 1.

x l. exitus. 35. de acq. poss. Sanè si principaliter de possessione actum sit, ut hodie fit, & judex pronunciaverit, non video, cur res judicata dici non debeat: quoniam terminatum est id, de quo principaliter agebatur. Duar. d. loc.

sen-

sententiam fit in executione, ut si magistratus jubeat pignora capi & venire, rectè interlocutio *y* dicitur. Denique tot sunt interlocutionis formæ, quod occasiones *z* interloquendi. Ex quo apparet interlocutionem judicis sententiam non *a* esse: certè non eam, quæ per excellentiam nominis sic appellatur, & pro re judicata habetur. Est verò pronunciatio judicis, ac proinde sententia circa eam partem, de qua statuit. Unde vulgò interpretes duplicem sententiam faciunt; unam, quæ principale negotium decidit, quam vocant definitivam; alteram interlocutoriam, quæ dum principalis causa disceptatur, super aliquo incidenti vel emergenti *b* profertur. Non omnium verò interlocutariarum eadem vis atque effectus: quædam enim vim definitivæ *c* habent: quædam non habent, quas appellant simplices. Vim definitivæ habere dicuntur, quæ præjudicium afferunt negotio principali: quod his ferè notis deprehenditur: si caput aliquod oblique tangant & definiant, quod ad litẽ principalem *d* spectat: si post interlocutoriam frustra alia sententia *e* expectetur: si postquam interlocutus est judex, officium ejus cessare *f* cœperit; postremò quando interloquendo jubet aliquid dari vel *g* fieri. Simplices sunt, quæ principali negotio non *h* obsunt, qualia ferè sunt exempla, quæ paulò ante retulimus.

y *l. à Divo. §. 2. ff. hoc tit. & ibi Zaz. Duar. Don. & comm. DD.*

z *Felin. in rubr. hoc tit. Bart. in l. quod jussit. eod. Pet. Greg. synt. 50. C. 1. n. 4.*

a *Ac proinde in ff. & C. hoc tit. distinguitur à sententia interlocutio. Pet. Greg. & Duar. d. loc. Quare nec ex interlocutione judicati actio nascitur. Marant. hoc tit. de sen. n. 22. Nec statuto disponente de sententia absolutè interlocutio continetur. DD. vulg. & Marant. d. tit. n. 52.*

b *Gloss. in clem. 1. in verb. diffinitiva. de sequ. poss. & fruct. Damhoud. prax. civ. C. 216. vide porro de interlocutoriis Menoch. adipisc. poss. rem. 4. n. 802. & seqq. & retin. poss. rem. 1. 839. & seqq. Marant. p. 6. tit. de sent. n. 2. & seqq. Myns. 3. obs. 88. Gail. 1. obs. 129. & 2. seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. tit. 5. C. 1. & 2.*

c *Quæ & ideo revocari non possunt, ut comm. DD. in d. l. quod jussit. hoc tit. & dicemus cap. seq.*

d *Arg. l. intra. 39. in pr. de min. & ibi Bart. n. 1. Marant. d. p. 6. tit. de sent. n. 42. cum seqq Zaz. in d. l. quod jussit. hoc tit. Felin. ad rubr. hoc tit. n. 3. & seq.*

e *Ut in absolutione ab observatione judicii. Angel. in l. 1. C. sent. resc. non poss.*

f *Per l. 19. in fin. de rec. arb. Bart. in d. l. quod jussit. vel si declaret se esse incompetentem. C. significantibus. de off. de leg. P. Greg d. loc. n. 6.*

g *Marant. d. loc. Gail. 1. obs. 130. Merul. d. C. 1. n. 7.*

h *Vide Ferar. in form. sent. interl. super. incomp. jud. §. nos Bernardinus. n. 12.*

CAP.

CAP. XLVI.

Sententiam rescindi non posse.

PRogrediamur nunc ad explicationem propositarum quæstionum. Prima est, an sententia rescindi aut revocari possit ab eo, qui eam tulit. Loquimur de sententia, quæ jure valet: nam quæ non valet, ne sententia quidem dicenda est: ac proindè nihil prohibet, quominus tanquam re integra de eadem causa apud eundem prætorem agatur, & is causa cognita, quod faciendum videbitur *i* statuat. De eo igitur sic jus est, neminem neque judicem privatum, neque prætorem aut præsidem sententiam suam revocare, rescindere aut mutare *k* posse, nec si perperam *l* judicavit, sontem absolvit, insontem condemnavit: quamvis enim illum condemnari, hunc absolvi ad vigorem publicæ disciplinæ pertinet: tamen justa hæc causa mutandæ sententiæ visa non est: sed princeps adeundus, qui pœnam vel augebit, vel minuet, vel in totum tollet, ut res postulare *m* videbitur. Hujus autem juris duplex ratio est: una, quod sententiâ lutâ judex esse *n* desinit: altera, quod sententiam tulit causâ cognita: quæ res facit, ut suspectum videri debeat, quidquid postea statuerit. Non modò autem sententiam mutare non potest, sed nec sententiæ quidquam adjicere, nisi quæ ad consequentiam jam statutorum pertinent, eodem die *o* suppleat, cujusmodi sunt accessiones rei principalis & litis exp...sæ: quia hæc vi & potestate prioris sententiæ quodammodo *p* continentur. Sed nec acta judicii postquam negotium ter-

i l. in sententiis. 59. §. ult. ff. de re jud. l. 1. C. de sent. l. 6. C. quom. & qu. jud. Iudicem a. datum denuò pronunciare non posse existimo. l. 4. C. quom. & qu. jud. & ibi Mathesilan. n. 6. & 7. Duar. ad d. l. quod jussit.

k d. l. quod jussit. l. Paulus. 42. eod. l. Divi. 27. pr. de pœn. l. 1. §. ult. de quæst. l. 1. C. sent. resc. non poss.

l l. judex. 55. l. cum quærebatur. 62. de re jud.

m d. l. 27. §. 1. de pœn. d. l. 1. §. ult. de qq. l. acta. 45. §. 1. de re jud. quando princeps possit revocare sententiam, quæ in rem judicatam transiit, vide Cravetta de antiqu. temp. p. 1. pr. n. 53.

n d. l. judex. 55. de re jud. l. qualem. 19. in fin. de rec. arbitr.

o l. Paulus. 42. de re jud. sunt qui revocari quoq; sententiam in continenti posse statuunt. Tiraq. de retract. lignag. §. 1. Gloss. 3. n. 17. lamnin. ib. 2. de estat. real. C. 1. n. 47.

p Arg. l. & ex diverso. §. 1. de rei vind. l. properandum. §. sive autem. 6. C. de jud. Duar. ad d. l. 42. in fin. Receptum quoq; est, ut judex, qui condemnavit ad expensas, postea quandocunq; possit eas taxare: quod non est contrarium d. l. 42.

minatum est, circumducere licet, quamvis nondum finito judicio ex consensu litigatorum id fieri *q* possit. Verba autem actorum emendare tenore sententiæ manente prohibitum non *r* est.

Longe alia ratio est eorum, quæ jussit vetuitve prætor non sententiam ferens, veluti caveri damni infecti, novum opus nunciari. Hæc enim quamdiu adhuc res integra est, contrario imperio mutare aut remittere *s* potest. ideo autem potest, quia cum hæc statuantur ad jus futurum postulantis conservandum, æquissimum est ea tolli, si ad eam rem vel non esse satis, vel jam non necessaria videbuntur. Quod in decreto prætoris extra judicium jus est, idem est & in judicis *t* interlocutione, cum is in judicio jubet ea, quæ ad causam melius cognoscendam aut citius transigendam pertinent: nam & hîc utilitas exigit, ut si quid statuerit, quod postea comperiat aut ad rem non pertinere, aut progressum litis impedire, id ex usu litigatorum mutare aut corrigere *u* possit. In iis vero, quæ lite ordinata pronunciantur finiendæ controversiæ causa, idem admittere exemplo *x* perniciosum esset. Quapropter nec interlocutoria, quæ vim definitivæ habet, *y* rectè revocabitur.

q l. acta. 45. pr. de re jud. non tamen rectè Gothof. notat, etiam post sententiam latam acta cancellari posse, si expressè partes a sententia & decisione recedant: alioqui interesse ob vitandas rixas, & honorum judicis conservandum.

r l. actorum. 46. eod. De interpretatione ambiguorum verborum sententiæ, vide Concenat. lib. 1. q. 3.

s d. l. quod jussit. hoc tit. l. 10. de stip. præt. l. si opus. de op. nov. nunc. Sic si prætor decrevisset prædia minoris venundari, ipse vel ejus successor decretum mutare potest. l. 9. de reb. eor. qui sub tut. add. Duar. Don. Zaz. ad d. l. quod jussit.

t Idem enim de judice dicendum, quod de arbitro expressum est in l. 19. in fin. de rec. arb. cum utilitas exigat, ut hæc correctio & mutatio judici permittatur. DD. com. in d. l. 14. quoties mutari aut revocari possit interlocutio definitum non est: ideoq; judicis arbitrio relinquendum ita, ut nimia variatio aut inconstantia vitetur. Idem dicendum de tempore intra quod mutari possit. Nam quæ in sola æquitate consistunt, in universum definiri non possunt. l. 14. de div. & temp. præsc.

u Diff. Vand. lib. 1. q. 49. Treutl. vol. 2. disp. 23. th. 1. Qui idcirco interlocutionem regulariter revocari posse negant, quia fit causâ cognitâ. Sed falsum est omnem interlocutionem causâ cognitâ fieri: & quæ causâ cognitâ facta est, etiam causâ cognita, si utilitas postulabit, revocabitur. Zaz. ad d. l. 14. n. 39 Bachov. in Treutl. d. loc.

x Sed & judex, qui semel sententiam dixit, judex esse definit: quia semel seu benè seu malè officio suo functus est. l. judex. 55. hoc tit. d. l. 19. §. dicere. de rec. arb. quæ ratio cessat in interlocutione.

y Ita Gloss. in C. fin. X. de elect. in 6. Gail. 1. obs. 130. n. 5. Zaz. in d. l. 14. n. 28. & DD. comm.

CAP.

CAP. XLVII.

Res inter alios judicatas aliis non præjudicare.

SÆpe hæ sententiæ inculcantur; rebus judicatis standum esse; res judicatas nullo prætextu instaurari posse; post rem judicatam nihil amplius quæri. Hinc quæsitum, an hæc sine distinctione accipienda sint eorum, inter quos de eadem re postea agetur: quæ quæstio secundo loco à nobis est proposita. Et quod in cæteris rebus inter alios actis natura servari est æquissimum, id etiam hic nominatim constitutum est; Res inter alios judicatas aliis præjudicare non z debere. cui sententiæ non solum locus est, cum inter alios similis & ejusdem generis controversia movetur, ubi dici potest, non exemplis, sed a legibus judicandum esse: verum etiam tunc, cum de eadem re alius cum eodem experitur, veluti si fundum à te petiero, quem Titius postea ad se pertinere dicat: nam quamvis contra me pronunciatum sit, nullum tamen Titius præjudicium b patitur. Non excipimus ab hac regula actionem popularem aut publicam accusationem: nam quod alius agens aut accusans hîc non audiatur, ideo fit, quia eadem persona esse videtur, nempe populus, cujus quasi cognitores & procuratores sunt singuli. Sed & unus hujusmodi actionem occupando eam consumit, ut jam nulli alii actio relinquatur: nisi sit, qui privatum dolorem persequatur, cui nocere non debet rei prius judicatæ c exceptio. Una tantum species est, in qua sententia alteri de eadem re postea agenti nocet, si sit, quod ei imputari possit, cur de ea re actum sit; quod usu venit, cum de proprietate aut jure rei ad nos pertinentis scientibus & patientibus nobis, cum prohibere possemus, sub alterius persona judicatatum est; veluti si creditor

z l. sæpe. pen. hoc tit. de re jud. tit. C. quib. res judi non noc. & tit. res inter al. act. a l. nemo. 13. C. de sent. interloc. excipitur tamen sententia summi principis, quę etiã ad similes casus trahitur, quod princeps ita judicando omnibus iisdẽ casibus hanc legem dicere voluisse creditur. §. sed & quod. Inst. de jur. nat. gent. ibi cognoscens decrevit. Zaz. in l. cũ prolatum. hoc tit. n. 3. b d. l. pen. Quid si princeps hic sententiam tulerit? adhuc dicendum alteri non nocere. Nam ipsa naturalis ratio dictat, iniquum esse, ut quisquam facto alieno oneretur. l. non debet. 74 de R. I. c l. 3. §. pen. de hom. lib. exhib. l. 7. § 2. de accus. junct. l. 1. in fin. de pop. act. Don. ad d. l. pen.

experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris; aut maritus socerum de re in dotem accepta; aut possessor venditorem de proprietate rei *d* emtæ. Hac una specie ob eam, quam dixi, causam excepta, vera est in universum superior sententia; Res inter alios judicatas aliis, quamvis in communi & pari causa, non nocere, sive ignoraverint, sive sciverint, cum prohibere non possent. Proinde si fundum à te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico, nihil mihi oberit sententia adversus Titium me sciente lata: quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus jure suo *e* uteretur.

Cæterum monendi sumus, regulam hanc tunc solū locum habere, cum de eadem re principaliter iterum agitur. Quod si non agatur de re principali, sed de accessionibus, iisque quæ rem prius judicatam sequuntur, & inde solum pendent, sententia inter *f* legitimos contradictores de re principali lata necessitate quadam consequentiæ nocebit omnibus, qui de hujusmodi accessionibus quandoque acturi sunt. Agitur, verbi gratia, inter heredem scriptum & legitimum de jure testamenti: pronunciatur non valere: consequens est cum testamento unà everti legata, quæ ex testamento solum *g* valent. Hæc igitur res efficit, ut legatariis postea agentibus res judicata noceat. Sic in causa status sufficit pronunciatum esse legitimo contradictore præsente, ut valeat sententia inter omnes in iis, quæ is status secum affert, & inde *h* pendent. Quod hodie observandum in quæstione de nobilitate.

d *d.l pen quæ est celeberrima & difficillima totius hujus tractatus. vid. in eā Zaz. Duar. Don. adde Cujac. 12. obs. 25. Covar pr. qu. 13. n. 7. Bachov. in Treutl. p. 2. disp. 23. th. 5. Lit. E. ubi de sententia & lectione d. l. pen. prolixè disput.*

e *Ratio hæc & exemplum propositum desumtum est ex Macro in d.l. pen. in fin.*

f *Legitimi contradictores dicuntur, ad quos res, de qua agitur, principaliter pertinet suo nomine, aut certe pertineret, si tales essent, quales se esse intēdunt. l. 3. de coll. deteg. ut in quæstione de testamento justi contradictores sunt heredes scripti & legitimi.*

g *l. 8. §. pen. de inoff. cui non obstat l. 1. de exc. rei jud. quia legatarius in quæstione de testamento non est legitimus contradictor: quippe ad quem testamentum principaliter non pertinet: sed principaliter agit de legato, ex cujus vi testamentum non pendet. Don. ad d. l. pen. & ad l. 2. C. de fid. instr. Pac. 3. enant. q. 31.*

h *l. 1. §. ult. l. 3. pr. de agn. lib. arg. l. 3. de coll. deteg. eoq; pertinere arbitror, quod dicitur in l. ingenuum. 25. de stat. hom. sententiam pro veritate haberi. Nempe cum de ingenuo sententia lata est, nec collusio intervenit. l. 4. de coll. deteg. & de his agitur, quæ inde pendent. arg. d. l. 1. & 2. de agn. lib. Don. d. loc. Duar. ibid. prælect. 42.*

CAP.

CAP. XLVIII.

An omni sententiæ sine exceptione parendum.

Constituta rei judicatę auctoritate, saltē inter eos, inter quos res judicata est, quæri cœpit, an hæc auctoritas perpetua inter eos esse debeat, sive quod idem est, an omni sententiæ sine exceptione ii, inter quos lata est, parere cogantur. Illud quidem constat, judicati vim habere non posse eam sententiā, quæ jure non valet: cujus generis sunt, quæ à non competente judice *i* latæ: quæ latæ contra leges constitutionesve principum aut bonos *k* mores: quæ manifestum errorem calculi *l* continet: quæ causâ non cognitâ, aut non publicè & palam ac more majorum, aut non prę-sentibus iis, inter quos res agitur, dicta est: quæ ex scripto recitata non *n* est: quæ absolutionem aut condemnationem non continet, aut sine certa quantitate *o* prolata est. Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta sit? Quid si dolo malo victoris extorta? Quid si nova instrumenta reperta? Quid denique, si plures numero judices in sententia dicenda dissentiant? De his sic statui debet.

Sententia judicis, quamvis injusta sit, valet; & rei judicatæ standum est, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum *p* constituta: usque adeò, ut nec rescriptum principis, contra sententiam *q* recipiatur. Verum hoc ita est, si nihil aliud proponatur, quam sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatorum judex pronuncians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut con-

i l. ult. de jurisd. l. 6. §. quid si. 10. de ini. rupt. l. 1. §. ult. ad Tertull. Gail. 1. obs. 42. & obs. 113. n. 3. late Vant. tr. de nullitat. ex def. jurisd. n. 4. & seqq.

k l. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. appell. l. 2. C. quand. prov. non est nec.

l l. 1. §. 1. quę sent. sin. app. Don. ad l. 33. hoc tit. de re jud. Pac. 7. enant. q. 73. Consule de errore calculi P. Foll. in add. ad Marant. 6. memb. 9. de exc. n. 68. & seqq.

m l. 7. C. de sent. & interl. l. 4 C. de re jud. Don. ad l. 4. §. condemnatum. hoc tit. Vant. de null. sent. ex def. proc. n. 31. & seqq. *n De solemnibus, quæ in ritu sententiæ proferendæ requiruntur, scripsimus quantum satis est, sup. C. 44.* *o l. 3. C. de sent. & interl. l. pen. & ult. & tot. tit. C. de sent. quæ sin. cert. quant. prof qua de re accurate disputavimus. supra C. 39.* *p l. præses. 27. & l. cum prolatis. 33. hoc tit.* *q l ult. C. sent. resc. Don. ad d. l. 27. Nec posterior sententia lata contra rem judicatam jure valet. l. 1. qui. prov. non est nec. Cod.*

trà. Exempli gratiâ: Actor viginti nomine usurarum petit: reus negat usuras usurarum à se peti posse ex constitutionibus: judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans constitutiones eas nihil ad rem facere: quamvis judex id imperitè & injustè faciat, rei tamen judicatæ standum esse, nisi provocatum fuerit, *r* responsum est. Diversa causa est, si pronunciasset usuras usurarum peti posse: tunc enim unà cum reo constitutiones ipsas condemnaret: qualis sententia cum non solum ἄδικος sit, sed etiam παράνομος, de lege ipsa & contra eam apertè lata, ipso jure *s* nulla est.

Quod si dolo & machinatione adversariorum sententia extorta sit, hæc quidem per se non est vitiosa; sed victo exceptione doli mali aut replicatione succurritur. Id verò his modis contingit; si judex pecuniâ corruptus sit, ut sententiam *t* ferret; si malis artibus religio judicis circumventa; si patrono *u* prævaricante judicatum; si ex falsis instrumentis aut testimoniis, quibus sciens adversarius usus, quorumque fidem judex *x* secutus sit. Fingamus ergò reum conspiratione actoris oppressum & condemnatum esse, parata erit ei adversus actionem judicati doli mali exceptio. Fingamus è converso reum dolo & malis artibus absolutum; objiciet scilicet rei judicatæ exceptionem: at hîc parata erit agenti doli mali *y* replicatio. Ex quibus apparet, non esse argumentum vitiosæ per se & ipso jure nullius sententiæ, quod ab ea appellari necesse non sit, cum etiam aliâ ratione, nimirum eâ, quam diximus, sententia infirmari possit.

r d.l.27. ubi verba (condemnavit contra leges & sacras constitutiones) non sunt judicis pronunciantis, sed ICti. easum referentis, ut rectè ibi observant DD.

s l.19. de appell. l.2. C. quand. prov. non est nec. ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatū. adi de tota hac re Vant. de null. ex def. proc. n. 118 & 122. & 2. seqq. Zaz. Duar. & DD. vulg. in d.l.27. ad de Bachov. p. 2. d. sp. 23. th. 5. in Trentl.

t l. venales. C. quand. pro. non est nec. de venalibus sententiis tum judicibus. largitione corruptis, deque muneribus ab iis non accipiendis, consule Pollet. 5. Histor. for. 9. Vasq. 2. contr. us. freq. 27. Vant. de nullit. ex def. process. n. 163. Langlæ. 6. semestr. 1. *u De quo & quod proximè præcedit, cautum in l.1. C. de advoc. 1. l.1. si tut. fals. alleg. exc.* *x l.2. & 3. C. si ex fals. instr. l. 11. ff. de exc. l.4. C. de fals. in testimoniis præterea requirit Don. in l.33. hoc tit. ut testes pecunia corrupti sint: sed verius est, sufficere solam falsitatem. Duar. ibid. quod & comm. obtinuit. Trentac. 2. pr. resol. tit. de sent. res. 3. n. 22.* *y Atq; hæc satis probantur per l. 19. junct. l. seq. C. de transact. l. 1. ff. de dol. exc. l. 1. C. si tut. falsi alleg.*

Sed

Sed nec omissum appellationis remedium judici prodest, qui perperam judicavit: malè enim judicando etiam per imprudentiam litem suam z facit: sed hoc interest, quod qui dolo malo litem suam fecit, in veram litis æstimationem tenetur: qui culpâ & per imperitiam, in tantum, quantum æquum esse judicanti videbitur. *a*

At quid dicemus, si post rem judicatam demum instrumenta reperta sunt? ut puta, actor ex mutuo decem petiit, cumque probare non posset ea sibi deberi, reus, ut juris ordo postulat, absolutus est: postea reperiuntur mutui tabulæ. Aut econtrà reus dicit se solvisse, cumque id probare non posset, condemnatus est: postea reperit & profert apocham solutionis. Placet hoc obtentu res judicatas retractari non *b* debere, si nullus dolus adversarii arguatur, quo consecutus sit, ut secundum *c* se judicaretur. Sed hoc in negotiis privatis locum habet: in negotio autem publico, puta fisci, civitatis, *d* ecclesiæ, permissum est novis instrumentis ex causa uti; non solum si fraus adversarii arguatur, sed etiam si respublica rem salvam aliter habere non *e* potest; dummodò intra triennium sententia *f* retractetur. Interpretes vulgò etiam in quibusdam causis privatorum retractationem aut in integrum restitutionem eodem prætextu admittunt. Retractationem in causa legati & fideicommissi, de quo non *g* apparentibus tabulis testamenti judicatum est: exemplo transactionis & jurisjurandi, quæ per eandem speciem retractari *h* possunt:

z pr. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc. Quid si pars appellaverit quidem, sed appellationem non sit prosecuta? idem adhuc dicendum esse ex l. 10. F. ab refert Schneid. ad d. pr. n. 13.

a d. pr. junct. l. 15. de judic. l. fin. C. de pœn. jud. qui mal. jud. Schneid. Mynf. & comm. DD. ad d. pr.

b l. Impp. 35. hoc tit. de re jud. l. 4. C. eod.

c Finge igitur adversarium instrumenta, quæ postea reperta sunt, subtraxisse. hoc factum ei prodesse non debet. arg. l. 19. C. de transf. Idem dicemus si ex instrumento reperto prævaricatio arguatur, aut sententia nullitas. Mynf. 4. obs. 60. n. 6.

d Mynf. d. loc. n. 7. hoc ad omnes respublicas municipiorum, universitates & collegia licita pertinere arbitratur; atq; in his causis etiam testes novos post sententiam rectè produci. n. 10.

e Quod fit, si is, qui nomine reip. egit, aut omni culpa caret, aut non est solvendo. at si in eo culpa & solvendo est, ipse potius conveniri debet, quam judicatum rescindi, exemplo minorum, qui adversus rem judicatam non restituuntur, quamdiu à curatoribus rem servare possunt. l. 13. §. ult. C. de re jud.

f d. l. Impp. hoc tit. junct. l. un. C. de sent. adv. fisc. lat. lib. 10.

g Duar. ad d. l. Impp. Coras. SC. Tholos. C. 37. Sfort. Odd. de rest. in int. q. 72. art. 4. Mediam Fachinei sententiam, qua probatur Trgutl. vol. 2. disp. 23. th. 5. examinat Bachov.

h l. 6. de transact. l. ult. C. de reb. cred. & jurejur. vide sup. C. 11. & 17.

id quod jure pontificio etiam obtinet in sententia contra matrimonium *i* lata. Restitutionem in integrum ob probabilem causam, quod ex circumstantiis negotii æstimetur. Quid enim si reus sit, qui & alteri successit, omnemque diligentiam in quærendis instrumentis adhibuit? Huic utique vitio verti non potest, quod minus instructus litigaverit. *k*

In dispari numero judicum si diversę sententię fuerint, non ponderabimus eas, sed numerabimus, & quod major eorum pars cæteris præsentibus statuerit, vim judicati *l* habebit, posthabitâ personarum dignitate aut prudentia; quod certamen hîc periculosè *m* introduceretur. Omnes autem adesse volumus, quia omnes judicare jussi sunt. Quapropter vel uno absente si cæteri sententiam dixerint, placet nihil *n* agi. & fortaßè si præsens fuisset, oratione suâ cæteros traxisset in suam *o* sententiam. Inter pares autem numero si dissonæ sententiæ proferantur, ea obtinebit, quæ humanior esse videbitur: qualis est, quæ pro libertate, pro testamento, pro dote, plerumque autem, quæ pro reo *p* facit. In judicibus tamen datis expectanda hîc est confirmatio ejus, qui eos dedit, sicut plerique tradiderunt, secuti distinctionem Pontificis *q* Romani: rectene, an secus, in medio relinquimus.

i Et tritißimum est, sententiam contra matrimonium latam non transire in rem judicatam, C.7. X. hoc tit. vide Gail. 1. obs. 112.

k Ut meritò DD. vulgò ex tam probabili causa restitutionem indulgeant, ex generali clausula edicti, Si qua justa causa. Odd. de rest. in int. q. 72. art. 3. Duar. ad d. l. Impp. idq́; usu paßim servari scribit Coras. d. loc. diff. Fachin. 1. cont. 51. Don. ad d. l. Impp. quorum sententiam defendere conatur. Bachov. d. loc. lit. D.

l l. 36. in fin. l. 39. hoc tit. Cujac. 12. obs. 16. Ant. Fab. C. suo. lib. 1. tit. 7. def. 2. Zaz. Duar. Don. ad d. l. 36. *m* Hinc & in collegiis ac corporibus obtinet, ut suffragiorum numerus vincat, & quod major pars curiæ effecit, pro eo habeatur, ac si omnes egerint. l. 19. ad munic. *n* l. 37. & d. l. 39. hic. l. 4. C. quand. prov. non est nec. Zaz. ad l. 36. n. 7 & ad d. l. 39. n. 5. & Don. ibid. Sed hoc in collegiis ordinariorum judicum, qualia ferè hodie habemus, non obtinere satis notum est. *o* Ratio reddita in l. 17. §. ult. de rec. arb. Quid si unus judicum datorum decesserit? vid. Duar. ad d. l. 39. Forner. 1. select. 7. *p* l. 38. hoc tit. per l. 1. test. qu. ap. l. 85. de R. I. l. 125. eod. l. 47. de O. & A. l. 27. §. 3. de rec. arb. C. ult. hoc tit. Zaz. d. l. 38. n. 2. qui tamen n. 3. id ita rectè coarctat, nisi sententia pro parte favorabili lata manifestè iniqua sit, per text. in l. 21. de inoff. test. *q* d. C. ult. Gloss. Jas. Zaz. Duar. & alii DD. in l. 28. eod. Pac. 7. enant. q. 6. arbitrorum, quia privatâ conventione constituuntur, alia in proposito ratio l. 17. §. principaliter. de arb. Zaz. ad d. l. 28. n 8. Consule hic præter citatos Tessaur. decis. 1. Vant. de null. ex def. jurisd. n. 175. Gom. ad l. Tauri. 38 Cujac. 10. obs. 20. & 12. obs. 16. & seq. Pet. Fab. ad l. 125. de R. I.

CAP.

CAP. XLIX.

De effectu & executione rei judicatæ.

REo sentētiâ judicis absoluto satis cautum est exceptione rei judicatæ, de qua diximus, lib. 3. cap. 49. A condemnato exigit prætor, ut pecuniam debitam solvat, id est, re ipsâ præstet, quod debetur. Hoc autem qui districtè exigit, omnem aliam satisfactionem, puta fidejussorem, expromissorem, pignora, invito creditori ad evitandam judicati actionem oblatam repudiat. Noluit enim prætor obligationes ex obligationibus, lites ex litibus nasci: ut tamen ex magna causa expromissor idoneus *r* admittatur. Solvisse autem in hoc edicto accipere debemus, non tantum cū, qui pecuniam numeravit, aut rem præstitit, sed omnem omninò, qui ea obligatione liberatus est, quæ ex causa judicati descendit, puta novatione, acceptilatione, *s* pacto. Quod si plures unâ sententiâ in eandem quantitatem condemnati sunt, humanius est, ut singuli pro portione tantum virili conveniri possint, quâ solutâ alter ex alterius persona non teneatur; quamvis in solidum antea, ut plures rei debuerint. Ideoque judicis est addere, in solidum *t* &c.

Quid verò si condemnatus solvere recuset? Hæc enim quæstio quarto loco à nobis proposita hujus tractatus præcipua est. Prodita nimirum est victori heredique ejus adversus victum ejusque heredem in eam rem *u* actio judicati: cujus persecutio in eo, ut victus aut pecuniam solvat, aut à prætore id facere cogatur, mandante sententiam executioni. Primum an id de actione rectè constitutum sit, videndum: deinde quis quibus remediis, quo ordine, sententiam exequatur. Non sine justa ratione placuit, ut etiam re jam judi-

r *Hæc in l. 4. §. 3. hoc tit. de re jud. magnam a. causam æstimari volunt ex facultatibus rei, ut si ab inope detur idoneus expromissor. arg. l. 2. & l. 31. eod. aliter Don ad d. §. 3. quem vide.*

s *d. l. 4. §. pen. Licet re vera & specie aliud sit solutio, aliud acceptilatio, novatio &c. tamē si vim & potestatem spectes, omnia solutionis vim habent. fac. l. solutionis. 54. de solut. Don. ad d. §. pen.*

t *l. 43. hoc tit. l. 10. §. pen. de appell. l. 1. & 2. C. si plures una sent. cond. ad ea, quæ hîc objici possint, bene respondet Duar. ad d. l. 43.*

u *l. 6. §. ult. hoc tit. Et civilis est ex l. 12. tab. descendens. Gell. 20. C. 1. Scip. Gent. 1. de jurisd. 9. Datur hæc actio & in procuratorem in rem suam. & in eū, qui se liti alienæ obtulit; in alios alieno nomine & de re aliena cōdemnatos non datur. d. l. 4. pr. & §. 1. & seq. ubi hæc latius exequūtur DD.*

catâ victor actione experiri debeat, quâ judicatum à condemnato per judicem consequatur: primò ne à privato vis fiat, unde occasio majoris *x* tumultus: deinde quia fieri potest, ut judicatum non sit, quod actor judicatum dicit; tum etiam, quia reus adversus executionem multis *y* exceptionibus uti potest; veluti si dicat se solidum facere non posse; non servari modum judicati lege vel sententiâ constitutum: si mandator condemnatus postulet mandari sibi à creditore actiones adversus eos, qui idem mandaverunt; si filiusfa. ex causa mutui condemnatus utatur exceptione senatusconsulti Macedoniani. De quibus omnibus si controversia erit, necesse est adire judicem, qui controversiam dirimat, cum nemo in sua causa judex idoneus *z* habeatur. Ne quis autem putet, actione solum proposita, victorem nihil amplius consequi, quam antea habuit: sunt hujus actionis multa commoda, quæ vetus actio non habuit: quorum unum & præcipuum est, quod quodammodo paratam habeat executionem: nam cum in ea nihil aliud quæratur, quam an judicatum sit, hoc, quod non est difficile, probato, res statim mandatur *a* executioni. Adhæc actio judicati perpetua est, & in heredem quoque datur: quia rei persecutionem continere intelligitur, quacunque ex causa condemnatio facta sit: quippe in qua non origo judicii spectatur, sed ipsa judicati veluti *b* obligatio, quæ ex contractu aût quasi contractu (nihil enim hoc nunc refert) descendit. Dubitari verò non debet, quin & hîc edi actionem adversario oporteat, eumque libello conveniri, sicut in cæteris omnibus jus *c* est. Quod si communem Doctorum sententiam sequimur, poterit & omissa judicati actione executio peti implorato nobili judicis officio. quod

x l. 176. de R. I. Hinc veteres Romani, ut omni... dine fierent. & à vi quam longissimè abessent, aliā adhuc actionē dari voluerunt, quâ post justos dies elapsos reus iterum in judicium vocaretur Gell. d. loc.

y Vid. l. 41. §. ult. hoc tit. l. 5. C. quor. appell. non rec. l. fidejussores. 41. §. ult. de fidejuss. l. 11. de SC. Mac. ad de Gail. 1. obs. 113. n. 5. & ibi citatos.

z l. extat. quod met. ca. junct. l. Iulianus. de jud. Don. ad l. 6. §. pen. hoc tit. Scip. Gentil. 1. de jurisd. 9.

a Don. d. loc. Bachov. in Treutl. p. 2. disp. 23. th. 5. lit. F. qui ad hoc adducit l. minor. 40. in pr. de min.

b l. 6. §. ult. hoc tit. junct. l. 3. §. idem scribit. de pec. facit. l. 18. §. 1. vers. proinde. de const. pec. Duar. add. §. ult. adhæc, quod proprium est hujus actionis, usuræ centesimæ post tempus judicatis datum currere incipiunt. l. ult. C. de usur. rei jud. in quibus nova adjudicatione opus est. Bachov. d. loc.

c Iuxta ea, quæ à nobis tradita sunt supra hujus libri C. 2. adde Dua. ad l. 15. hoc tit. prælect. 19.

&c. re-

& receptius eſt, & magis tutum *d* putatur. Sive autem hoc ſive illo modo executio petatur, res ſemper eo redit, ut ſi condemnatus parere recuſet, ſententia mandetur executioni.

Exequuntur ſententiam ſoli magiſtratus, qui aut ipſe judicaverunt, aut judices *e* dederunt. quippe ſententiam exequi juriſdictionis eſt & imperii, non nudæ notionis, quam ſolam judices dati *f* habent. Excipimus judicem à principe datum, qui cum & ipſe juriſdictionem habeat, & pro ea alium judicem dare poſſit, etiam ſententiam tum ſuam tum judicis à ſe dati exequi *g* poterit. Quod ſi is, qui judicavit aut judicem dedit, ſententiam ipſe exequi non poſſit, eò quod bona judicati in alieno territorio ſita ſunt, per literas, quas requiſitorias ac mutui compaſſus vulgò appellant, à judice illius territorii petet, ut is per ſuos apparitores ſententiam *h* exequatur. Si plures ſint in eodem territorio judices, invicem ſibi opem ferre tenentur, refragantesque à ſuperiore *i* cogendi.

Si in rem certam aut certum corpus condemnatio facta ſit, in eo quoque ipſo executio fieri *k* ſolet: quod an juri Romano per omnia conſentaneum ſit, nunc non diſputo. Largiamur ſaltem id publicæ conſuetudini. Sin verò judicatum de certa ſumma pecuniæ: primum res judicati juſſu magiſtratus per apparitorem pignori capiuntur: mox captæ (per intervallum tamen duorum menſium) publicè ſub haſta ab apparitore diſtrahuntur, ac noviſſimo licitatori addi-

d Aſin. prax. §. 31. C. 2. n. 4. Mar. p. 6. tit. de ſent. exec. n. 8. Gail. 1. obſ. 113. Bachov. quoque d. loc. exiſtimat, etiam jure veteri in arbitrio prætoris fuiſſe, aut judicem dare, aut ſi forte res eſſet ſatis liquida, executorem.

e l. 15. pr. hoc tit. quo loco arbitros accipere debemus, non qui ex compromiſſo ſumti, quorum ſenten. ad executionem non habuit. l. 1. C. de arb. ſed judices bon. fid. judicio addictos. Duar. Don. ad d. l. 15. vide Briſſon. in Lexic.

f Vid. C. 13. lib. 3. Is a. cui mandata eſt juriſdictio, ſententiam ſuam ipſe exequitur. arg. l. ult. §. 1. de off. ejus cui mand. nec obſtat, quod in d. l. 15 magiſtratuum mentio ſit duntaxat: nam is cui mandata eſt juriſdictio, mandantis vice fungitur. l. 3. d. tit. omniaque facere poteſt, quæ magiſtratus, exceptis iis, quæ ſpecialiter tribuuntur. l. 1. d. tit. Duar. d. loc. vid. C. 5. lib. 3.

g Arg. l. 5. C. de jud. & jure Can. id diſertè expreſſum eſt C. paſtoralis. C. ſignificaſti. de off. deleg. Cujac. 12. obſ. 1. diff. Duar. d. loc.

h Iaſ. Zaſ. & alii in l. ult. de juriſd. Mynſ. 3. obſ. 68. DD. in l. properandum. §. ſin autem. C. de jud. Rulant. tract. de invoc. utriuſque brachii. adde Bodin. 3. de rep. 6.

i Arg. No. 86. C. 1. Innoc. in C. 1. X. de off. jud. ord. Veſtr. C. ult. Ferrar. in form. exec. ſent. diff. §. ſapiens n. 13. Gail. 1. obſ. 115. Maul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 10. C. 1.

k Specul. in §. ſequitur. de exec. ſent. in add. in verb. condemnati. arg. l. 4. §. 3. hoc tit. Treutl. vol. 2. diſp. 23. th. ult.

l l. ſi pignora. 50. de evict. l. 2. C. ſi in cauſ. jud.

cuntur, ut ex pretio earum judicatis *m* satisfiat. In capiendis autem & distrahendis rebus hic ordo constitutus. Primum jubentur capi res mobiles, animales: deinde res soli: postremò pervenitur ad nomina, captis chirographis aut instrumentis *n* obligationum. Hunc ordinem si executor invertat, appellari ab executione posse communiter *o* obtinuit. Quod si rerum captarum controversia fiat, quia alius se dominum dicit, res aliæ capi debent, si suppetant: si non suppetunt, de proprietate summatim cognoscetur, sine præjudicio *p* litigantium. Quod si rem captam alius sibi pignori prius obligatam dicat, nihilominus distrahi ea res poterit; dummodò ita distrahatur, ut dimittatur prior creditor, & quod reliquum est, convertatur in causam *q* judicati. Quid si bona emtorem non inveniant? addicentur scilicet creditori eâ quantitate, quæ debetur, salvo jure utriusque partis, si fortè pluris aut minoris *r* valeant. Quod si creditor pignora in creditum possidere maluerit, atque his esse contentus, quod amplius sibi debetur petere non *s* poterit. Tandem si debitor solvendo non sit, in carcerem conjici potest, ibique detineri, quamdiu non solvat, aut bonis *t* cedat: ut tamen ei dimensum præ-

m l. 3. C. de exec. rei jud. ad licitandum a. admittitur & ipse creditor. d. l. 2. C. si in ca. jud. vide de subhastationibus, earumque jure ac solennibus. Damboud. in subhastat. compend. Bapt. Asin. de exec. §. 4. C. 70. & C. 83. & seq. plures alios citat Emanuel. Don. lib. 23. C. 13.

n l. 15. §. 2. hoc tit. & ibi DD. Stipendia militum in causam judicati capi nequeunt. cum in aliis executio fieri potest. l. 4. C. de exec. rei jud. nec reditus beneficii ecclesi. Duar. d. loc. nec boves aratorii aut instrumenta rei rusticæ. Trent. 2. pr. res. tit. de exec. res. 2. Asin prax. §. 2. limit. 33. qui idem statuit in jumentis ad molendinum destinatis. limit. 37. minimè verò omnium executioni subjacent libri studiosorum, DD. &c. qui tamen aliis bonis non suppetentibus immunes hodiè non sunt. Coler. de proc. exec. p. 2. C. 3. n. 138. *o Teste Io. Gutier. 1. pr. q. 131. Asin. pr. §. 31. C. 6. diff. Duar. add, l. 15. §. 2. quem sequitur Bachov. d. loc. th. ult.* *p d. l. 15. §. 4. convenit art. 177. & seq. Instr. Curiæ Holl. nisi quod hunc casum à sequenti non secernat.* *q d. l. 15. §. 5. differentiæ ratio est, quod res suo domino auferri non potest sine injuria: creditori a. nulla injuria fit, modo ei pecunia solvatur.* *r Ita accipienda species d. l. 15. §. 3. pr. Nam si simpliciter pro toto debito pignus addici dicamus ut Bart. si pluris sit, debitori; si minoris, creditori injuria fiet. Duar. ad. d. §. 3. & 1 disp. 6. Forcat. 13. dial.* *s Quæ altera species d. § 3. vers. nam si. & ratio additur, quia transegisse de credito videtur, 1. tanti æstimasse pignora, qui eatu solutum accepit. arg. l. 70. §. 1. in fin. de leg. 2. Forcat. d. loc. adde Alc. 6. paradox. 2. Robert. 1. sent. 22. l. ult. C. de jur. dom. imp. ad hoc genus pignoris non pertinet: sed ad pignus conventionale.* *t l 1. C. qui bon. ced. quod ex l. 12. tab. manavit. Gell. 20. C. 1. De debitoribus carceri mancipandis, & qui persona conditione vel privilegio ab eo immunes Damboud. pr. civ. C. 64. n. 10. & seqq. Gom in l. Taur. 62. Menoch. 1. arb. q. 88. De veteri lege de nexis Cujac. 3. obs. 39. Rav. ad l 12. tab. C. 8. Cont. 2. subces. 18. Ios. Scal. in Fest. in verb. Nervum.*

stetur

ſtetur ad certam *u* quantitatem. De quibus omnibus etiam legibus judiciariis apud nos diligentiſsimè cautum *x* eſt, unde ea, quæ in hoc argumento hodie obtinent, diſcere licet.

u Quod edd. l. 12. tab. cautum. Gell. d. loc. eoque reſpicit. l. victum. 34. hoc tit. quid. victus & ſtrati nomine contineatur, docetur in l. 43. & 2. ſeqq. de V. S. *x Art. 172. & ſeqq. uſque ad art. 194. incluſivè. add. Merul. lib. 4. diſt. 4. ſect. 5. tit. 7. & 4. ſeqq.*

CAP. L.

De tempore judicatis indulto.

NOn ſtatim autem, quod quinto loco quærendum erat, poſt ſententiam latam judicati agi aut executio peti poteſt: ſed humanitatis gratiâ aliquod tempus ad ſolvendum judicatis indulgetur. Et jure quidem antiquo duodecim tabularum æris confeſsi rebuſque jure judicatis 30. dies juſti *y* fuerunt. Poſtea laxamentum duorum menſium priores Impp. *z* dedere. Noviſsimè autem Juſtinianus quatuor menſes *a* largitus eſt: cujus tamen conſtitutio parum uſitata, propterea quod id tempus variè coarctatum eſt moribus & ſtatutis cujuſque loci. Apud nos locum quodammodò habent 30 dies, quos condemnatis largitur lex duodecim tabularum; idque in omni actione, tam in rem, quam in perſonam: eò quod victor ſaltem tam diu expectare *b* debeat, donec tempus *c* appellationi conſtitutum præterierit. Animadvertendum autem eſt, laxamentum temporis, jure civili judicatis datum, locum non habere in actione in *d* rem: in qua judicis officium eſt, ut ſtatim jubeat rem domino reſtitui: niſi poſſeſſor cauſetur ſe non poſſe in præſenti.

y Gell. d. loc. quod a juſtos interpretatur, qui juſtitium habeant. i. juris ceſſationem, id pleriſque doctis viris noſtrâ ætate diſplicet, qui juſtos interpretari malunt, jure ad id datos condemnatis. Sic dies præliares juſti, quibus hoſtem laceſſere & res repetere licet. Macrob. 1. ſaturn. 16.
z Ut ſignificat Juſt in l. ult. §. ult. C. de uſur. rei jud. & ſcire licet ex l. 2. C. Theod. eod.
a d. l. ult. §. ult. eaſque inducias non judicatis ſolũ, ſed etiam fidejuſſoribus eorum indulſit. ibid.
b Partim ex humanitate, partim ex neceſſitate juris. notat hoc Merul. lib 4 diſt. 4. ſect. 5. tit. 6. C. 7.
c Tum interponendæ, tum introducendæ: nam interponendæ appellationi decem dies. auth. hodie. C. de app. introducendæ viginti apud nos conſtituti. Inſtr. Cur. Holl. art. 198. & 206.
d Diſcrimen hoc arguunt verba d. l. ult. §. ult. ad ſolvendum: quæ non conveniunt rei vindicationi: ſicut nec uſuræ, quarum ibid. mentio. Duar. ad l. 2. hoc tit. Ratio autem diſcriminis, quod res aliena facilius reſtitui poteſt, quam pecunia explicari. Giſan ad l. 25. de O & A. n. 27. add. Damboud. prax. civ. 256. n. 3. Menoch. arb. caſ. 28. Ant. Fab. 7. conj. 1.

præsenti restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat: cui judex satisdatione de litis æstimatione accepta *e* gratificari potest. Sed neque in actionibus in personam semper tempus judicati servatur. Potest enim is, qui pro tribunali cognoscit, hoc tempus ex causa arctare vel *f* prorogare: quæ potestas illis ipsis legibus, quibus id tempus indultum est, tacitè intelligitur contineri. Sed & judex datus potest aut brevius aut longius tempus sententiâ suâ complecti. Cæterum si brevius statuerit, legitimum arctare voluisse non videtur, nisi & hoc nominatim ademerit condemnato. *g*

Sed justam causam mutandi temporis legitimi exigimus: nam si sine causa prætor id mutaverit, jus est appellandi vel tanquam ab executione modum judicati excedente, vel tanquam à judice, si id sententiâ suâ *h* fecit. Causam æstimabimus aut ex qualitate & conditione negotii, de qua agitur; aut ex quantitate, quæ in eo negotio versatur; aut denique ex personarum obsequio vel *i* contumacia. Qualitas aut est in re petita, aut in causa obligationis. In re, quæ petitur, dilatio arctanda, si certa species petatur, cujus & præstandæ facultatem reus habeat. Neque enim malitiis indulgendum est. Alioqui si res abest sine dolo, non est iniquum ei tantum tempus dari, quantum satis sit ad rem perquirendam & *k* recuperandam. Item si publicè intersit rem petitam statim solvi, cogendus est condemnatus statim solvere, sicut traditum est de frumentariæ *l* pecuniæ debitore. Ex causa obligationis puto dilationem omnem denegandam, si quis ex maleficio aut dolo suo *m* convenіatur: nisi quod in actione quod metus causâ tem-

e § 2. Inst. de off. jud. ubi Gloss. Io. Fab. Ang. Aret. idque tempus arbitrio suo moderabitur judex. Menoch. d. ca. 28. Boër. decis. 45. n. 5. & 9.

f l. 2. ubi Don. Duar. Zaz. & comm. DD. l. debitoribus. 31 hoc tit.

g l. 4. §. si quis hoc tit. Don. ad d. l. 2. qui locus tamen arguit prorogationem facilius concedi, quam arctationem. Coler. p. 3. C. 6. n. 9. & seq.

h Secundum Alex. & DD. in d. l. 2. & in d. l. 4. §. si quis condemnatus. Boër. decis. 45. n. 7.

i Quorum omnium rationem habendam esse in mutando tempore legitimo docet Ulp. in d. l 2. & ibid. DD.

k Arg. l. debitoribus. 31. hoc tit. junct. arg. in §. 2. Inst. de off. jud. Bachov. p. 1. disp. 26. th. 7. lit. E.

l l. 2. §. frumentariæ. de adm. rer. ad civ pert. Chappin. de privil. rust lib. 2. p. 1. C. 9.

m Non n. rectè auxilium legis invocat, qui contra leges committit. l. 37. in fin. de min. Nec est metuendum, ne si statim pignora capiantur, reus laboret: nam hoc incommodum improbitati suæ acceptum ferre debet. arg. l 31. in fin. pr. depos.

pus

pus *n* judicati servetur, ut cessatio & culpa non restituentis meritò accusari possit. In cæteris causis rectè legitimum tempus servabitur, nisi aliud suadeat obligationis quantitas. Nam si parva summa est, & reus dives, nihil differendum: si non facilis expeditu, justa dilatio concedenda; proroganda etiam, si quis casus facultatem, quæ prius erat, ademerit. Et hoc rursum ex obsequio aut contumacia rei sic temperandum, ut hoc obsequenti tribuatur, contumaci denegetur. *o*

Sunt præterea quædam causæ, in quibus perrarò tempus legitimum expectatur, sed statim reus solvere cogitur; quantacunque summa vel obsequium condemnati. Hujusmodi est causa alimentorum, ob periculum, quod mora afferre *p* potest: item causæ minorum, quorum persona hunc favorem meretur, ut tempus adversario minuatur. *q*

n l. 14. §. quod si homo. quod met. ca. quo loco motus Duar. ad d. l. 31. hoc tit. causam criminalem ab actione civili ex delicto distinxit, ut in illa nulla dilatio concedenda sit, in hac contra. Don. a. ad d. l. 2. in actione quod met. ca. hoc speciale esse putat: quia cum in ea non magis ob metum illatum quā ob culpam non restituentis in quadruplum fit condemnatio, saltem in tam gravi pœna ea dilatio dāda sit, quæ iis datur, qui nullam cessationis suæ pœnam sentiunt. *o Arg. d. l. 2. & d l. 31. hoc tit. & verò iniquum esset, plus tribui reo contumaci quam obsequenti, aut dolum suum cuiquam prodesse.* *p d. l. 2. hoc tit. & ideo de alimentis etiam per ferias agi potest. l. 2. de fer.* *q d. l. 2. quod & eorum restitutio. tit. de min. & definitio moræ, quam in horum persona ex re ipsa fieri receptum est. l. 3. C. in quib. ca. rest. in int. nec non est. facilè declarant.*

CAP. LI.

Executionem rei judicatæ non pariter adversus omnes & in omnibus causis usurpari.

Executio rei judicatæ neque adversus omnes pariter, neque in omnibus causis usurpatur: sed sunt quædam personæ, quibus humanitatis causâ tributum, ut ne in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt, *r* conveniantur. Qui locus hujus argumenti postremus, ut certâ ratione ac viâ à nobis explicetur, primum videndum de personis, quibus hoc beneficium, quibus in causis & quibus conditionibus tribuatur: tum quale sit hoc beneficium & quid eo contineatur. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur: partim ob personam rei, cum

r Hoc beneficium vulgò vocant privilegium & exceptionem competentiæ. de quo vide Zaz. Schneid. Mynf. Don. Vult. & alios ad §. sunt præterea. & seqq. Inst. de act.

quo

quo agitur. Ob causam, ex qua agitur, soli datur *s* donatori. Ob personam autem rei varie: aut enim tribuitur ob conjunctionem inter litigatores constitutam, eamque vel sanguinis, hinc *t* parentibus, *u* liberis & *x* fratribus; vel matrimonii & affinitatis, hinc marito, uxori, & *y* utriusque socero; vel societatis, hinc datur sociis, qui & ipsi quodammodò inter se fratres *z* sunt: aut ob solam reverentiam reo debitam, hinc tributum patrono, liberisque ejus & *a* parentibus: aut ob meritum in remp. unde militi datum, qui sub *b* armata militia stipendia meret: aut denique ob solam commiserationem iis concessum, qui bona sua non malo more amiserunt, quo in numero sunt; qui bonis cesserunt, si quid postea *c* acquisierint; & interdum filii emancipati aut *d* exheredati. Illud circa has personas notandum, etiam mutatâ conditione, propter quam beneficium tribuitur, beneficio locum esse, ut si maritus soluto matrimonio, socius distractâ societate *e* conveniatur. Sed nec pactione effici potest, ne is hac defensione utatur, qui propter reverentiam sibi debitam conveniri non potest; qualis est parens, patronus, maritus & similes. *f*

Non omnibus autem in causis hoc beneficium su-

s Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur. l. ne liberalitate. 50. l. 19. §. 1. hoc tit. l. 12. de donat. §. antep. Inst. de act.
t l. 16. hoc tit. de re jud. & his quidē etiam ob reverentiam. l. 2. & 9. de obs. par. quapropter & matri dabitur, etiam cū ex causa tutelæ conveniatur, & omni beneficio renunciarit. Gutierr. 2. pr. qu. 28 n. 4.
u l. cum ex causa. 30. hoc tit. l. 18. sol. matr.
x Nam si sociis ob imaginem fraternitatis datur multò magis ipsis fratribus concedendum. Duar. ad d. l. 16. Don. Vult. d. loc. Tessaur. decis. 119.
y l. 17 l. 20. & 2. seqq. hoc tit. l. 12. l. 17. & l. 54. sol. matr. In marito & socero etiam causa cum parente & patrono communis, sc. reverentia. vide Zaz. ad d. l. 12. & seqq. Genero quoque & nurui vice versa idem beneficium competere statuit Alber. Gent. 4. lect. 1. arg. l. 14. §. ult. de rit. nupt. non item privignus, cum Ias. & aliis.
z d. l. 16. hoc tit. l. 63. pr. pro soc. bellè Marq. Freher. 1. parerg. 5. Collegas quoque dignitatis vel officii communione socios fratrum invicem loco esse pulchre ostendit Langl. 2. semestr. 4. unde fortassis idem jus quoad eos inferri possit.
a d. l. 17. hoc tit. idem statuit Duar. in domino & vasallo. ad d. l. 16.
b l. 6. l. 18. hoc tit. quod plerique etiam ad milites togatos extendunt: sed qualitas adjecta dispositionem restringere videtur, ut notat Gothofr. ad d. l. 6.
c § ult. Inst. de act. l. 4. de cess. bon. vide de hac materia Damhoud. pr. civ. 70. P. Greg. 32. synt. 8. & 7. seqq. Menoch. arb. C. 183. Afflict. decis. 348. & seq. Tessaur. decis. 36 & 182.
d l. & exheredatum. 49. h. tit. l. 2. & 4. §. 1. quod cum eo qui in al. pot.
e l. un. §. 7. C. de rei ux. act. arg. l. 65. pr. pro soc. aut si socer solutâ affinitate conveniatur à genero de dote promissa. l. 17. sol. matr. cui non obstat l. 21. hoc tit. conciliationem suggerit l. pen. de jur. dot. maximè, si cum A. Fab. 1. conj. 14. in d. l. 21. legas sed alio & alio jure utimur. add. Don. ad d. l. 21. Duar. ad d. l. 17.
f Quia tale pactum contra bonos mores est. l. 14 sol. mat. ac proinde nec juramento firmatum valet. Duar. ad. d. l. 14. §. 1. Gom. in l. Taur. 50. & 3. seqq. n. 49. Zaz. in l. 12. & seqq. sol. mat. n. 35.

præscriptis

præscriptis personis datur. Primum enim nemo hoc beneficio utitur, qui ex dolo aut maleficio suo *g* convenitur: nisi parens sit aut patronus ejusve *h* liberi. Donator eo tunc solum utitur, cum ex donatione sua convenitur: socius, cum convenitur judicio societatis: nisi sit socius omnium bonorum, qui in omnibus causis hoc beneficio fruitur: emancipatus & exheredatus, cum conveniuntur ejus rei nomine, quæ cum his contracta est, cum in potestate *i* essent. Cæteri ex quocunq; contractu conveniantur; nisi post mutatam conditionem res gesta sit, veluti si maritus soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor *k* fuit. Conditiones, quibus hoc beneficium tribuitur, tres sunt: una est, si non is, qui convenitur, mentitus de sua conditione fuerit; ut si filiusfa. cum aliquo contracturus se patremfa. *l* mentiatur: altera, si non qui convenitur dolo fecerit, quominus solidum *m* facere possit. dolo autem facere videtur, qui subornat aliquos, qui mentiantur sibi ab eo deberi, & ab iis se vinci *n* patitur: tertia sociorum propria est, si socius se socium esse confessus sit: quod si negaverit se esse socium, placet eum in solidum condemnari. *o*

Quale sit hoc beneficium, planum fiet, si cognoverimus, quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, causæ an personæ cohæreat. Facere posse civili ratione in hac condemnatione dicitur, qui de suo *p* præstare potest honestè, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum cottidianum & *q* alimenta. Non modò igitur hujusmodi

g l.22. l.52. hoc tit. l. 28. §. ult. rer. amo. l.4. §.1. quod cum eo. facit l.9. §. 2. de min.

h l.5. l.7. l.9. ubi & ratio. de obseq. par. & patr. hoc discrimine adhibito conciliari possunt l.16. hoc tit. & l. 63. pr. pro soc. Pac. 4. enant. q. 100. Vult. ad §. sunt præterea. & seqq Inst. de act. n.15.

i Vide locos, quos citavi sup. lit. D.

k l. divortio. 35. de neg. gest nisi iterum contractus post divortium initus sit appendix aut accessio obligationis in matrimonio contractæ. Cujac. 24. obs. 8. Fab. ad l. 28. de R. I.

l l.10. hoc tit. l.4. §. 1. quod cum eo qui in al. pot.

m l. si quis dolo. 51. hoc tit. l. verum. 63. §. hoc quoque. pro soc. l. un. §.7. C. de rei ux. act.

n Quis deinde actione judicati consequantur, ut pignora capiantur & distrahantur. Don. ad d. l. 51. pr. Sic etiam qui fraudulenter sua alienavit, cessione excluditur. l. ult. §. ult. quæ in fraud. cred Gom 2. resol. 11. n.52 & ad l. Taur. 79. n. 2. nec decoctores, qui malo more sua prodegerũt, cessio à carcere liberat. Benevent. Stracchia. de mercator. tract de decoctorib. p. n.9.

o l. si unus. 67. in fin. pro soc. l. 22. § 1. hoc tit.

p In quo numeratur etiam id, quod quis habet in actionibus & petitionibus. l. 28. sol. matr. per l.49. de V. S non ut cogatur præstare, quod agendo consequi potest: sed ut cedere actionem necesse habeat, & cedendo liberetur. l.43. sol. mat.

q l. 19. in fin. l. 30. l. 10 tit. l.5. §. sed si. 7. de agn. lib. l.6. de cess. bon l. in condemnatione. 173. de R. I.

personæ,

personæ, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant: sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum; ne turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere r cogantur. quorum utrumque contrà est, cum hoc beneficium cessat: quippe omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est, ut quamvis reus solvendo non est, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire, nisi bonis cedere s malit. Hoc, quod ita quemque facere dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in cæteris. In donatore æstimatur deducto ære alieno, in cæteris etiam non t deducto: pinguius enim donatori succurritur, quam veris u debitoribus. Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis conditio melior, nec deducitur, quod ejusdem x conditionis hominibus debetur. Unum quemque autem, quod illi ad victum deducere permittitur, ex suis bonis deducere oportet, non ex alienis. Hinc etsi donator sit, à quo, ut possessore, fundum ex causa donationis sibi traditum donatarius vindicet, in solidum tamen damnatur, sive possideat rem, sive dolo malo possidere desierit: quia tradendo rem fecit y accipientis. Beneficium hoc personale est, non causæ, sed personæ cohærens: ideoque nec in heredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri z heredes extiterunt: neque fidejussori tribuitur, quamvis is totum

r Sed & in definiendo victu & alimẽtis, ratio dignitatis vel conditionis personæ habẽda est, cum lautiori cibo nobilẽ vesci, quam rusticũ oporteat, & aliud illi, quã huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. de nob. C 20. n. 143. & seq. Coler. p. 2. C. 3. n. 115. & seqq.

s l. 1. C. qui bon. ced. atque ut creditor parcat carceri: omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur.

t l. 16. l. 19. §. 1. l. & exheredatum. 49. hoc tit. l. 12. de donat.

u d. l 49 Cujac 4. diff. Mod. ad l 20. in fin. hoc tit. Quin nec in præjudiciũ creditorũ liberalitas debitoris vergere debet. sed de suo quemq; largiri oportet. Vult. d. loc. n. 9.
x l. 19 pr. hoc tit. l. 12. de donat. adde Pac. 4 enant. 56. Revard. ad l. 28. de R I.
y l. 41. §. 1. hoc tit. ubi Duar. Cujac. 8. diff. Modest. ad l. 22. de donat Quæritur, an idem dicendum sit de marito, qui de re dotali actione in rem convenitur, aff. vulgò DD. Zas. ad l. 12. & seqq. solut. matr. n. 10. Don. ad l. 16. & seqq. hoc tit. sed contraria opinio, quam idem Don. sibi contrarius probat ad d. l. 41. §. 1. videtur juvari l. 53. sol. matr & sequitur Harprecht. ad §. 37. Inst. de act. n. 5. Enimvero si uxor aut similis creditor eadem paupertate quà reus, prematur, exceptio hæc non proderit: cum major tunc sit ratio suum repetentis, magisque debitorem, quam creditorem egere conveniat. Zas. d. loc. n. 20. coler. p. 2, C. 3. n. 121.
z l. 12. & l. seq. l. 18. sol. matr. adde P. Fabr. ad. l. 28. de R. I. Gomes. in l. Tauri 50. & 3. seqq n. 49.

id, quod

id, quod præstitit, à reo principali repetere *a* possit. Alia causa est defensoris, cujus eadem conditio esse debet, quæ domini foret, si cum ipso *b* ageretur: siquidem defendere est eandem vicem, quam reus principalis, subire. *c*

Postremò conveniri aliquem in id, quod facere potest, duo continet: unum est, ut, si nihil aut minus potest, in id, quod non potest, conveniri nequeat. quæ res facit, ut etsi in solidum condemnatus est, non objectâ aut etiam à judice contemtâ defensione, nihilominus judicati conventus doli exceptione se *d* tueri possit: nisi exceptio in judicio opposita post examinationem à judice, quasi non vera sit, reprobata *e* fuerit. Alterum est, ut si deducto eo, quod diximus, reus facere possit, hactenus quoque possit conveniri; & quidem sæpius, auctis nimirum postea ejus *f* facultatibus. Ex quo apparet exceptionem hanc dilatoriam esse & temporalem, utpote quæ actionem tantum differat in id tempus, quo reus rem auxerit. Quatenus autem reus facere possit, tempore rei judicatæ spectandum esse responsum est. *g*

a l.24. hoc tit. Fusius hac de re Hering. de fidejuss. C. 27. p 4. n. 80. & seqq.
b l.24. sol. matr. l. 63. §.1. pro soc. l. 23. hoc tit.
c l. minor. §. 1. de proc. adde Connan. 7. comm. 13.
d d. l. 41. §. ult. l. 17. §. ult. sol. matr. Don. ad d. l. 16. & seqq. P. Fab. d. loc. Ant. Fab. C. suo de exc. rei jud. def. 42. & ita etiam Zaz. d. loc. n. 19. quamvis contrariam opinionẽ comm. dicat.
e l. 8. §. 2. de neg. gest. l. 7. §. 1. de compens. Don. ad d. l. 41. §. ult.
f l. uno. §. 7. C. de rei ux. act. facit l. 30. §. 4. de pecul. similiter nec cessio bonorũ obligatione liberat. l. 1. C. qui bon. ced. unde cautionem ab his personis exigi posse docent, qua recipiant se soluturos, si ad pinguiorem fortunam pervenerint per C. Odoardus. 3. de solut. Harpr. ad § ult. Inst. de act. Pet. Fab. d. loc. Hering. de fidejuss. C. 5. n. 83. & seqq.
g l. verum. 63. §. tempus. 6. pro soc. l. 15 pe. sol. matr. facit l. 3. in fin. pr. de usur. Don. ad d. l. 16. hoc tit. adde Costal. ad l. 37. de neg. gest.

CAP. LII.

De confessis.

Quia superiori argumento finitimus est locus de confessis, iisdemque ferè præceptis continetur, haud intempestive eum præcedentibus subtexturi videmur. De his igitur rescripto Marci Antonini sic cautum est: Confessos in jure pro judicatis *h* habendos. Confessum accipere debemus sive per se confessus sit, sive per alium, cui ut confiteretur, nominatim man-

h l. un. C. de confess. l. post rem judicatam. 56. de re jud. Huc pertinet. tot tit. ff. de confess. d. quibus plerique in argumento de probationibus, ut & Merula noster sect. 4. tit. 13. C. 1.

mandavit. Cæterum procuratorem nostrum, vel tutorem aut curatorem fateri, ut pro confessis & judicatis habeamur, non *i* sufficit. Nihil autem refert, de tota lite quis confessus sit, an de quavis parte litis. Sed & si quid ex eo, de quo quis confessus est, necessariò sequitur, perinde habetur, ac si de eo quoque confessus *k* esset. Ait Imperator, Confessos in jure. id autem valet apud magistratum aut judicem competentem eo in loco, ubi jus redditur aut *l* judicatur, qui locus & judicis auctoritas exigitur, ut, qui confessus est, verum confessum esse & seriò dixisse existimetur: unde eum, qui apud alium judicem aut alio in loco confessus est, non placet pro judicato haberi. *m*

Ait, pro judicatis habendos: hoc est, perinde habendos, ac si judicati essent, vi & effectu juris eodem loco & conditione esse. Quæcunque igitur aut adversus judicatum aut pro eo statuuntur, eadem & adversus confessum & pro eo valebunt, ut neutrius causa alterius sit melior aut deterior. Id verò ita esse brevi inductione manifestum fiet. Vis rei judicatæ hæc est, ut ei sine exceptione standum sit: eadem & confessionis in jure *n* factæ. Adversus judicatum, ni solvat, actio judicati est, ut pignora capiantur & distrahantur, unde victori satisfiat: adversus confessum alia quidem nomine actio (aut æris confessi, aut in factum ad similitudinem judicati) sed eadem via *o* executionis. Vice versa, quæ tempora tribuuntur judicato ad solutionem, eadem & *p* confesso: ut sententia non valet, quæ sine certa re aut quantitate prolata est, ita & inutilis incerta *q* confessio: ut nihil agit sententia judicis, quæ impossibilis est aut contra leges, ita & talis *r* confessio: ut sententia

i l. 6. §. 4. hoc tit. vide Jason. & DD. ad l. un. §. si procurator. si quis jus dic. non obtemp. C. 2. de confess. in 6. Lan. Franc. in C. quoniã. verb. confessionis. de prob. n. 16.

k Hoc & quod proximè præcedit, est in d. l. 6. §. 2. hoc tit

l l. 4. §. 1. de inter in jur. l. pen. de just. & jur. C. 4. X. de jud. C. 2. X. hoc tit. Propriè tamẽ huc pertinent soli confessi in jure, id est, apud magistratum ante litem contestatam: nam qui post litem cõtestatam confitentur in judicio apud judicem datũ, non tam pro judicatis, quã convictis habendi; ut paulò post certius intelligetur.

m d. C. 4. X. de jud. Ias. in l. magistratibus. de jurisd. n. 3. & 4. VVesenb. parat. hoc tit. n. 5.

n Nec quidquam ad rem pertinet, verè fassus sit se debere, an falso. l. post rem judicatam. [illegible] eod. tit. *o l. ult. C. de exec. rei jud.* *p l. 6. §. ult. hoc tit. l. si debitori. 21. de jud.* *q l. 6. pr. & §. 1. hoc tit. cæterum urgeri debet incertum confessus, ut certum confiteatur. d. loc. si nolit, pro confesso habendum puto. arg. l. 11. §. nihil interest, de inter. in jur.* *r Hinc illa; Falsas confessiones naturalibus convenire debere. l. 13. §. 1. d. tit. Confessiones ita ratas esse, si id, quod in confessionem venit, & jus & natura recipere potest. l. 14. §. 1. eod.*

contra

contra minores indefensos, aut tutorem curatoremve non habentes, lata nullius momenti est, ita nec isti, si quid sine tutoris aut curatoris auctoritate confessi sint, ex confesso s tenentur: denique ut absens condemnari non solet, ita nec qui adversario non præsente confessus est, pro judicato t haberi. Unum hoc ex omnibus dissimile videri potest, quod semel judicatus iterum non damnetur: confessus autem etiam post confessionem damnari u debeat. Quod tamen & ipsum justa dubitatione non caret, cum alibi traditum x sit, in confitentem nullas esse partes judicantis. Sed distinguendum est: nam si post litem contestatam confessus est apud judicem pedaneum, omninò damnari à judice y debet: sin in jure ante litem contestatam forte apud magistratum, nulla necessariò sequitur condemnatio, sed recta in eum datur actio confessi, qua ad similitudinem actionis judicati & ex jurejurando, nihil aliud quæratur, quam an z confessus sit. Plerumque autem judex aut arbiter in confitentem dari solet, litis æstimandæ vel computationis faciendæ, vel rei cujuspiam similis a gratia. At quid dicemus, si quis falsum confessus sit? Si juris errore ductus, placet nihilominus confessionem nocere: si in facto errans, perinde habendum, quasi confessus non b esset. Proponamus exempla: Fideicommissum, quod testamento relictum erat, codicillis ademtum est. Heres cum id ignoraret, prolatis tabulis testamenti agnovit se fideicommissum debere. Repertis postea codicillis, dicimus eum actionem confessi rectè recusaturum; quia in facto erravit. At econtra si

s Neque n. debet confessio ibi tenere, ubi nec res judicata tenet. Quod igitur Ulp. in d. l. 6. §. prin. ait, minorem restituimus, sic omninò accipiendum, si curatore auctore confessus est. Constat n. nullius momenti esse, quod minor sine curatore in lite egit.

t d. l. 6. §. 3. præsens a. etiam habetur, qui in jure procuratorem vel tutorem vel curatorem habet §. 4. d. l. 6.

u l. 3. l. 5. l. ult. hoc tit. l. 5. de cust. reor. l. 1. §. si quis ulteo. de quæst.

x l. proinde. §. 2. ad leg. Aqu. item confitentem non esse urgendum ad judicium accipiendum. l. si domus. 71. §. 2. de leg. 1.

y Iuxta formulam à pratore datam, si paret eum dare oportere, condemna. Itaque hæc confessio probationis potius vim habuit, quam rei judicatæ. facit l. de qua re. 74. de jud.

z Eoque pertinet. d. l. post rem judicatam. h. tit. l. 2[illegible] §. 2. ad l. Aqu. & tit. de confess. Bachov. in Treutl. p. 1 disp. 4. th. 1. lit. D & p. 2. disp. 23. th. 5. lit. B qui ad l. 5. hoc tit respondet, eam loqui de condemnatione ex actione de confessis aliter VVesemb. par. hoc tit. n. 8. ad causas a. criminales hoc non pertinet. l. 5. de cust. reor. Bach. d. loc. VVes. d. n 8 ubi etiam obiter monet, hodie receptius esse, ut confessionem omnem sequatur sententia.

a d. l. 21. §. 2. ad l. Aqu. l. 3. l. 6. §. 2. in fin. l. ult. hoc tit. ubi Duar.

b l. 2. hoc tit. compertoque errore à magistratu, coram quo confessus est, absolvitur, l. pen. eod.

non ignoravit ademtum esse fideicommissum, putavit autem codicillis adimi non *c* potuisse, confessio nocebit, quia jus ignoravit.

Cæterum hoc jus in rebus privatis & pecuniariis proditum est: ad causas criminales non pertinet: in quibus confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportet, si nulla alia probatio religionem instruat *d* cognoscentis.

c Aut nullos esse codicillos, nisi adhibitis quinque testibus, quia id jus Ro. exigit, ignorans jure municipii, in quo versatur, duos aut tres testes sufficere. vide alia exempla apud Gloss. in l.2. eod.

d l.1. §. Divi Severus. de quæst. quod non tantum humanitas postulat, quia magis consulendum est, quibus gravius periculum intenditur. l.1. § sed & si quis. de Carb. edict. sed etiam ratio ex potestate confitentis sumta exprimit, quia in criminibus de corpore & fama agitur, quæ non sunt in jure confitentis. arg. l.13. pr. ad leg. Aquil.

De appellationibus.

CAP. LIII.

Quibus in causis necessaria appellatio: tum quæ ejus constituendæ & interponendæ ratio.

HIc consistendum foret, si rebus semel ritè judicatis sine ulla conditione standum esset; at quia victo adhuc superest remedium appellationis, quo in secundo judicio consequitur, ut suspendatur, & quodammodò *e* extinguatur, quod in primo judicatum est: reliquum est ad persecutionem juris nostri & judicii absolutionem, ut de hoc secundo seu appellationis judicio dicatur.

Claudimus Hesperias gentes, aperimus Eoas.

Appellare, quod & provocare, est ad superiorem judicem vocare, qui quod à priore judice adversus nos statutum & pronunciatum est, sententia suâ corrigat & in melius reformet. Ut autem hic locus plenè intelligatur, quatuor nobis cognoscenda: quibus in causis appellatio necessaria: quæ ejus interponendæ ratio: quo ritu introducatur in auditorium judicis, qui de ea cogniturus est: quis introductæ effectus, & quodnam in ea tum litigatorum tum judicis officium.

e Suspendi dicitur in l. C. quor. appel. non recipiuntur. l.32. §.3. C. hoc tit. extingui in l.1. §. ult. ad Turpil. qua ratione utrumque dicatur rectè docet Franc. de Caldas ad l.3. C. de in int. rest. minus rectè DD. vulgò. & cum iis Gail. 144. n.2.

Prodita

Prodita est *f* appellatio vel ad delationem muneris publici aut honoris *g* defugiendam (in quo hoc inter tutelam & cætera munera interest, quod tutor datus intra tempora præstituta excusationem *h* allegare debet, & si fuerit repulsa, tum demum appellare; qui verò ad aliud munus vocantur, non aliter, quam appellatione *i* interpositâ allegare possunt causas immunitatis suæ) vel ad rem judicatam retractandam. In utroque tamen genere sunt, quibus appellatio non est necessaria. Et in priori quidem non est necessaria *k* veterano: in posteriori, si unus ex pluribus in communi causa non separatim condemnatis *l* appellavit, placet illius victoriam etiam cæteris prodesse: quod secus est, cum plures separatim condemnati sunt, aut cum adversus eundem, quamvis in eadem causa, duplex sententia lata est, veluti una sortis, altera usurarum. *m*

Interponendæ constituendæque appellationis hæc ratio, si eam judex à quo recipiat. non quod libera non sit appellandi *n* facultas, sed quod quædam causæ sunt, ob quas repudiari potest appellatio, quæ judici æstimandæ *o* permittuntur. Est verò cum in totum appellatio non admittatur; & ubi admittitur, non admittitur, nisi certâ lege. Ut in totum non admittatur, alias persona appellantis facit; alias judicis dignitas; alias causa, de qua actum est; nonnunquam genus sententiæ; postremò etiam numerus appellationum. Persona appellantis id efficit, si is, qui judicio expertus non est, in causa aliena appellet.

f Bart in l. 1. hoc tit. n. 5. aliam ait esse appellationem à definitiva, aliam ab interlocutoria, aliam à decretis & actibus extrajudicialibus: quæ divisio verbis tantum discrepat ab aliorum Limenbris, qui eam dividunt in judicialem & extrajudicialē. VVes. pae. hic. n. 5. Gail. 1. obs. 120. n. 6.

g l. 1. § 2. ff quand. appell. l. 4. l. 7. l. 11. C. hoc tit. l. 1. pr. ff. de vac. mun. l. 2. C. de decur. l ult. C. qui ætat. vel profess. se excusant. lib. 10. tit. 49.

h d. l. 1. §. 1. quand. appell. §. qui autem. Inst. de excus. vide lib. 1. C. 11.

i d. l. 1. §. 2. d. l. ult. C. qui ætat. vel profess. d. l. 4. & l. 11. C. hoc tit. adde P. Greg. lib 2. de appell C. 21. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. defin. 8. *k* l. pen. C. quand prov. non est necess. *l* Nempe ubi quoque est eadem defensionis causa, quod nominatim expressum in l. 10. §. 4. hoc tit. *m* Vid. l. 3. §. 2. l 10. pr. & §. ult. l. 17. hoc tit. l. 1. & 2. C. si unus ex plurib. add. P. Grego lib. 5. C. 5. hoc tit. Gail. 1. obs. 126. n. 3. Damhoud. prax. civ. 229. n 10 Nec necesse esse in appellatione plurium consortium singulorum nomina exprimi in Camera conclusum esse refert Mynf. 2. obs. 65. *n* Quam plerique juri naturæ seu speciei defensionis adscribunt: ideoque nec statuto tolli posse. Mynf 1 obs. 14. Damhoud. prax. civ. 229. n. 2. Gail. 1. obs. 128. n. 1. & 1. obs. 135. n. 1. Schneid. ad pr. Inst. de inteed. n. 17. Atqui inde sequeretur, nec lege tolli posse. quod non puto. & aliam esse rationem defensionis, aliam appellationis constat. Pin. ad rubr. C. de resc. vend. Bachov. ad Treutl. p. 2. disp. ult. th. 1. *o* De abusu hujus remedii Gail. 1. obs. 128. Pet. Greg. lib. 1. C. 13. & ult.

nisi ci mandatum sit, aut dominus ratam *p* habuerit appellationem. Duo duntaxat excipiuntur; *q* mater in causa filii; & quilibet civis nomine ejus appellans, qui supplicio addictus *r* est. In sua verò causa omnibus appellare permittitur: & quidem iis, qui judicio experti sine controversia, nisi cui aut personæ conditio obstet, ut obstat servo; cui tamen, si nemo alius pro eo appellet, tristis auxilii imploratio non *s* denegatur: aut contumacia, si per contumaciam absens *t* damnatus sit: aut genus delicti, quo pertinent insignes latrones, seditionum concitatores, duces *u* factionum; quibus proximi homicidæ, venefici, malefici, adulteri, manifestæ violentiæ rei, si convicti etiam voce propria scelus *x* confessi sunt; item officialis ob delictum in officio suo admissum *y* condemnatus; aut denique *z* conventio vel nuda se non appellaturos profitentium *a* voluntas; quod tamen ex eo minimè colligendum est, quod judicem ex *b* consensu sumserunt. Cæterum potest is, qui appellavit, appellatione nondum ad superiorem judicem introducta aut ab eo recepta, appellationi suæ renunciare, sic tamen, ut sumtus adversario *c* restituat. Qui verò ipsi judicio experti non sunt, non aliter appellare possunt, quam si cesset is, qui causam egit & victus *d* est. Sed etsi appellet, non tamen ex fide causam prosequatur, defensio causæ perinde ei, cujus interest, committitur, ac si ipse *e* appellasset. Cæterum in causa inofficiosi testamenti legatariis non aliter appellare licet, quam

p Sic enim temperanda sunt verba Macri in l.2. §. . in fin. quād. appell. De appellatione procuratoris dixi. lib.3. C.25.

q Licet ab initio defendere non potest. l.1. §.1. de appell. recip.

r l. 6. ff. l. 29. C. hoc tit. quasi omniū intersit innocentes defendi. VV. s. par. n. 7. Pet. Greg. synt. 24. n. 15. & seqq. & lib. 2 de app. C. 7. n. 12. & seq

s l. 16. hoc tit. auditur & bannitus & excommunicatus. Brederod. p. 1. tit. 13. pr.

t l. 1. l. 4. in fin. C. quor. appell. nō rec. l. 73 §. ult. de judic. l. 23. §. ult. hoc tit. plura Marant. hoc tit. n. 284. & seqq.

u l. 16. eod. His accensendi monetæ adulteratores. l. 1. pr. l 2. in fin. C. de fals. monet. raptores virginum. l. 1. in fin. pr. C. de rapt. virg. quamvis convicti tantum non etiā confessi. *x l. 2. C. quor. app. non recip. adde Marāt. hoc tit. n. 292. Mynf. 5. obs. 23. Pet Greg. lib. 2. C. 8.* *y l. 3. C. d. tit. Brederod. hoc tract. part. 1. tit. 15. Marant. n. 301. & seq.* *z l. ult. § ult. C. de temp. appell. De vi hujus conventionis fusè disseris Pet. Greg lib. 5. C 3. n. 6. adde Mynf. 1. obs. 14.* *a l. 1. §. 3. à quib. app. non lic. Sed & post sententiam latā tacitè appellationi renunciasse intelligitur, qui parere aut implere cœpit. Damhoud. prax. civ C. 230. n. 4.* *b l. 23. hoc tit. aut quod quis id ante sententiam professus. d l. 1. §. 3. à quib. app non licet.* *c l. 28. C. hoc tit. C. quamvis de elect. in 6. junct. C. interpositā. X. hoc tit.* *d l. 4. §. 2. & seqq. l. 5. ubi exempla. hoc tit. Proderit hic consuluisse Gail. 1. obs. 122. Covar. pr. qq. C. 15. Pet. Greg. lib. 5. C. 1.* *e d. l. 4. § 5. etiam ubi existimationis damnum vertitur. l. 2. §. pen. & ult. quand. appell.*

si di-

si dicant per collusionem pronunciatum esse. Rebus integris si suspecta sit collusio, ipsi causam agere non *f* prohibentur.

Etiam dignitas judicis efficit, ut à sententia ejus appellare non liceat. Hinc appellare fas non est à principe, â senatu, præfecto *g* prætorio, judice à principe dato ea lege, ne ab eo provocare *h* liceat, nec à sententia & responsis consiliariorum principis in causa, super qua princeps consultus est, & quam illi *i* examinaverunt: quibus non absimiles supremæ Curiæ, nisi quod jurisdictionem ordinariam habeant, & inconsulto principe judicent. Cæterum ut olim sententia præfecti prætorio, quamvis extra provocationem judicabat, precibus Imperatori oblatis retractari *k* poterat, ita & hodie frequens supplicationum usus, quibus affines revisiones, quæ usurpantur, cum contra sententiam majorum magistratuum provocare non *l* licet. Superioribus exceptis à quovis *m* judice appellare licet, tametsi in eo dando auctoritas principis intervenerit. Ab executore autem sententiæ appellare non licet, nisi dicatur modum excedere *n* judicationis. quod non solum in civilibus, sed etiam in criminalibus causis jure civili obtinere cœpit, postquam de pœnis extra ordinem cognosci *o* cœptum. Apud nos in causis criminalibus, quoties extra ordinem, ut plerumque fit, cognoscitur, non est appellationi locus, præsertim ubi condemnatus sua ipsius confessione & legitimis probationibus *p* convictus est.

f l. 5. §. 1. l. 14. pr. hoc tit. l. 29. pr. de inoff. test.

g l. 1. § 1. & 2. à quib. appell. non lic. l. 30. C. hoc tit. l. un. de off. præf. prær.

h d. l. 1. §. ult. à quib. app. vulgo ajunt, cui causa de legata est cum clausula, Appellatione remotâ. De quo in cap. pastoralis. 53. X. hoc tit. Pet. Greg. 2. de appell. 20. Marant. n. 33. & seqq.

i l. 34. & seq. C. hoc tit. Marant. n. 251. potest tamen provocari adversus rescriptum principis, nempe quod qui rescriptū impugnat, de mendacio & improbitate consultoris. quæritur.

k l. 5. & auth. seq. C. de precib. Imp. off. No. 83. C. 12. No 115. C 1 Cujac. 12. obs. 3.

l Consule hoc Gail. 1. obs. 154. & seq. Marant. hoc tit. n. 12. & seqq. Pet. Greg. 1. de appell. 6. Mynf. 6. obs. 15.

m An & à Rectore vel Senatu Academico? Resp. De eo ex speciali cujusque Academiæ privilegio statuendum est.

n l. 4. pr. & §. 3. hoc tit. l. 5. C. quor. app. non recip.

o l. 13. de pœn. Nam si adhuc legitimæ essent, non liceret à pœnis appellare, quia hoc esset à lege appellare; quod non licet. C. consuluit. X. hoc tit.

p Vid. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 6. C. 7. Nec in cætero Belgio appellationes in criminalibus recipi testatur Leonin. 7. emendat. 6. nec in Germania Mynf. 4. obs. 41. Gail. 1. obs 1. n. 38. nec in ulla ferè parte orbis Christiani Scaccia 1. de jud. 97. n. 62. nec ratione caret. vide Pet. Greg. 2. de appell. 8.

Causa appellationem non † admittit, si vel res, de qua judicatum est, dilationem non ferat, & ad utilitatem publicam pertineat, ut si agatur de frumento in usum militum in annonæ subsidia *q* contrahendo, aut de eo, quod fisco aut principi deberi evidenter *r* constet; quamvis alias adversus fiscum appellari *s* potest: vel si sententia aut nihil aut non admodum noceat adversario, ut quæ de testamento apetiendo, de herede scripto in possessionem *t* inducendo lata est, aut de momentaria possessione, ubi integra servatur causa *u* proprietatis: vel si contineat id, quod certo jure tribuitur, veluti pignus vendere licere, aut ex edicto perpetuo quid fieri. *x*

Sed neque ab omni genere sententiæ visum est appellari posse, sed ab ea solum, quæ liti finem imponit, quam ideo definitivam appellant, Ab interlocutoria autem jure civili appellare non *y* licet: primum ne frustratoriis dilationibus causa trahatur, atque ex una lite plures non necessario nascantur: deinde si quod damnum causæ afferat interlocutio, id sententia definitiva sarcire potest vel ipse qui interlocutus est, vel judex *z* appellationis. Quod si id fieri jubeatur, cujus facti damnum sententia definitiva sarciri non *a* potest, aut si ipsa interlocutio vim definitivæ *b* habeat, non est prohibita jure civili ap-

† Nostro jure quædam causæ sunt, quæ licet appellationem admittant, eâ tamen nõ obstante sententia de his lata executioni mandatur, in quibusdam sub cautione, in nonnullis nullâ cautione præstitâ. de quib. Merul. lib. 2. tit. 6 C. 1. & 7. seqq. & lib. 4. sect. 6 tit. 1. C. 2. & 2. seqq.

q l. ult. pr. de appell. recip. quod vulgò DD. etiam ad causam alimentorum, quæ privatis debentur trahunt: variè tamẽ distinguunt. vide Brederod. hoc te. p. 1. tit. 19.

r Sive ex cõtractu, sive ex tributorum aut publicorum causa. l. 4. l. ult. C. quor. app. non rec. *s* l. pen. ff. de appell. recip. l. 18. l. 22. C hoc tit. Pet. Greg. 2. de app. 9. *t* d. l. ult. pr. ff. de appell. recip. l. ult. C. quor. app. non recip. Fachin 1. cont. 76. Menoch. adip. poss rem. 4. 807. & seqq. *u* l. un. C. si de mom. poss. quam de quovis possessorio accipit Don. 17. comm 4. ut & Gomes. in l. Tauri. 45. 194. & rectè. Nam jure civili incognita fuit distinctio possessorii summarii & plenarii, Sarmient. 2. select. interpr. 13. sed eâ receptâ, non est absonum appellationem in plenario possessorio admitti, eoque jure utimur. Gail. 1. obs. 7. n. 7. VVes. par. n. 8. *x* l. ult. §. 1. & §. ult. hoc tit. & generaliter, quando sententia est notoriè justa. Salomon. in l. un. de off. præf. prat. adde Marant. n. 280. & seqq. Damh. pr. civ. C. 234. *y* l. 5. in fin. l pen. C. quor. appel. non rec. l. 2. de appell. recip. *z* Redditur hæc ratio in l oportet. 36. C. hoc tit. Cujac. 12. obs. 3 & 6, add Merul. sect. 6. tit. 2. C. 1. *a* Exempla in d. l. 2. de app. rec. l. 19. de min. vulgò iis eam censent, si difficulter reparari potest. Gothofr. in d. l pen. C. quor. app. ut si rejecta sit probatio. Surd. decis. 36. n. 12. quod tamen est contra d. l. oportet. *b* De quo sup. C. 15. atque hîc ita proceditur, at si à definitiva appellatum esset. Consule P. Greg. 2. de app. 4. Myns. 4. obs. 46 Gail. 1. obs. 129 & seq Vult. pr. aul. Rom. 3. C. 16. & 7. C. 3. n. 2. & 3. Marant n. 142. & seqq. Merul lib. 4. distinct. 4. sect. 6. tit. 2. C. 4.

pellatio.

pellatio. At jure pontificio indistinctè ab omni interlocutione & gravamine etiam futuro appellari permittitur, & tam ante, quam post litem contestatam, etiam extra judiciũ præsente parte *c* adversa. Nostro quoque jure permissum est etiam ab ea interlocutione provocare, quæ gravamen continet reparabile: sed injungitur judici à quo, ut nihilominus in causa definitivè procedat, appellanti, ut intra diem xx. in specie & nominatim gravamina sua declaret, quæ scriba curiæ in archivum reponat judici perlustranda: & si ea judex à quo intra mensem non reparaverit, potest is, qui appellavit, appellationem suam prosequi, quem si malè appellasse pronunciatum sit, relinquitur causa ei porrò cognoscenda & definienda, qui de ea cognoscere cœpit: sin benè devolvitur ad judicem *d* appellationis. De numero appellationũ breve est, quod jure constituitur: nempe vetat in eadem lite eademq; re tertium *e* provocare, quod tamen non videtur judiciorum nostrorum observare *f* consuetudo.

Ubi admittitur jure appellatio, duo nihilominus in ea observanda; tempus appellandi; & forma appellationis interponendæ. Cuilibet, qui appellare volet, spacium decem dierum novâ Justiniani *g* constitutione datum est, ultra quod appellare non liceat: quod tempus ex die sententiæ latę computandum est, si adversus præsentem pronunciatum fuerit: sin adversus absentem, ex quo quis sciet, nisi procurator *h* adfuit. Non computantur autem dies, quibus neque judicis à quo, neque ejus, qui appellatur, adeundi in publico facultas est: cæterum si alterutrius copia fuit, præscriptio locum habet. Forma, quam dixi, hæc est: Si quis apud acta eodem die, id est, ilicò vi-

c C. super. X. hoc tit. C. 1. & 3. eod. in 6 C. 2. de dol. & contum in 6. Clement. sicut. eod. Pet. Greg. 2. de app. 18. Marant. n. 354. VVes. par. n. 8

d Art. 215. & seq. Instruct. Cur. Holläd. juct. art. 31. ampliation. e- ι jusd. Instruct. 3 Merula C. 3. & aliquod seqq d. sect. 6

e l. un. C. ne lic. in una eademque caus. No. 32. C. 5. Quod & Plato quoque olim definivit. dialog. 6. & 12. de legib. recte a. DD. docent. hanc constitutionẽ pertinere tum ad unũ idemque capitulũ, tum ad unam eandemque partẽ, ita ut actoes & reo singulis bis, & ita quater liceat, provocare, Specul. h. tit. §. quoties. Marant. n. 280.

f Memini cũ operam forensem tractarẽ, etiam in tertia appellatione frustra petitũ, ut clausula inhibitionis induceretur. In Camera quoq; tertiã appellationẽ ejusdẽ recipi testantur Gail. 1. obs. 72. n. 3. Mynf. 1. obs. 15. *g* No. 23. C 1. auth. hodie. C. hoc tit. convenit art. 198. Instr. Cur. Holland. olim in propria causa dabatur biduum, in aliena triduum. l. 6. §. pen. C. hoc tit. l. 1. §. biduum & seq. ff. qu. appell. *h* d. l. 1. §. biduum. & seqq art. 118. dicta Instruct. in fin. Merul. lib. 4. dist. 2. tit. 2. Gail. 1. obs. 139. Marant. n. 203. & seq.

vâ voce appellet, satis est, si dicat *i* appello: sin vel alio die, vel non apud acta, per libellos appellatorios appellandum est, qui offerantur judici, à quo *k* appellatur. Hi libelli ita concipiendi, ut habeant scriptum & à quo dati sint, hoc est, quis appellet, & adversus quem, & à qua sententia: causam autem appellationis, aut eum, qui appellatur, non est necesse comprehendi. Sed & omisso eo, contra quem appelletur, nihil oportet *l* præscribi. Quod si judex à quo appellationem non receperit, vel eo nomine appellare *m* licebit: cujus appellationis idem judex erit, qui futurus esset, receptâ appellatione. Ad hanc autem hoc modò pervenitur: si princeps appellandus est, ei supplicabitur: sin alius, poterit is adiri etiam sine literis dimissoriis, dummodò intra constituta tempora appellatoria aut princeps adeatur aut competens *n* judex. Vis hujus appellationis eadem, quæ receptæ, ut omnia in eodē statu maneant, nihil novetur ab eo, qui appellationem rejecit, utque is opinionem suam per relationem manifestet, & causam cur non receperit, ejusque exemplum litigatori *o* edat. In summa tamen cognitionis hoc interest: quod ubi judex causam reddidit per relationem, cur non receperit appellationem, posterior judex nôn debeat de sententia prioris judicis cognoscere prius, quam cognoverit, justa ea causa sit *p* necne; & si justam esse constiterit, non ulterius *q* progredi: nullâ autem causâ rejectæ appellationis redditâ, aut eâ, quam falsam esse aut injustam

i l. 2. l. 5. §. ult. ff. l. 14. C. hoc tit. idque sufficit, ut cognitio devolvatur, non ut pro introducta habeatur appella. Ant. Fab. C. suo. h. tit. defin. 12. Caeterū à simplici interlocutoria appellatio in scriptis interponi & causa gravaminis instrumento appellationis in specie inseri debet. Gail. 1. obs. 130. Mynf. 8. obs. 95. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 6. tit. 2. c. 4. *k* l. 1. §. ult. l. 7. ff. l. 6. §. pen. C hoc tit. *l* d. l. 5. § ult. l. 3. pr. eod. de aeta horum libellorū conceptione Pet. Greg. 6. de appell. 4. *m* l. 10. C. hic. Igitur ad cautionē appellantis pertinere tradunt. ut à rejecta quoque sive negata delatione appellet, cum alias rejectio & sententia in judicatum trāseant. Cravet. ad Vestr. lib. 7. pract. C. ult. n. 23. idque & in appellatione ab interlocutoria obtinere. P. Greg. 8. de appell. 2. n. 13. *n* l. 5. §. 1. & ult. de app. recip. Constituta a. tempora accipiemus non decem illos dies, intra quos appellari potest: sed ea tempora, intra quæ res ad superiorem judicem jubetur ex appellatione deferri. de quo C. seq. *o* l. pen. ff. de appell. recip. l. 3. C. hoc tit. *p* Nam cum ex causis, quas exposuimus, judex prohibeatur recipere appellationem. tot. tit. C. quor. app. non rec. id utique agitur, ne amplius de eadem re audiatur appellans, sed sententia exitum habeat. *q* Quare quod in l. 19. C. hoc tit. traditur, non recepta appellatione, apud superiorem de integro litigari: id tunc obtinet, cum nullâ causâ redditâ appellatione recepta non est.

postea comperiatur, poteſtas ſit de integro litigandi haud aliter, qu[illegible]ceptâ appellatione. r

r Atque hoc caſu, ut dixi, ſuperiori conſtitutioni locus eſt, quæ & pœnam non recipienti minatur, licet in hoc vix obſervetur, teſte Damhoud. prax, civ. 231. n. 4,

CAP. LIV.

Quæ ſit ratio appellationis introducendæ.

Recepta appellatio introducenda eſt in auditorium judicis, qui de ea cogniturus eſt. Introducẽdæ hæc ratio; ut adeatur judex, quem appellari cõvenit; ut ad eum deferatur appellatio; ut deferatur eo modo, quem jus civile præſcribit; ut hæc omnia peragantur intra tempora conſtituta. In primis eum judicem adiri oportet, cui de appellatione cognoſcẽdi jus eſt, qui vulgò judex ad quem dicitur, aut ejus conſiliarios, eoſve, qui s cauſas introducunt: quod locum habere exiſtimo, cum appellatio defertur ad t principem. Neceſſe autem eſt, ut is, qui appellatur, major ſit eo, à quo u appellatur, eumque proximè x ſequatur. Et ſiquidem appelletur à judice dato, ſemper is appellari debet, qui eum y dedit: ſin ab eo, qui pro juriſdictione ſua judicat, ſiquidem mandata eſt juriſdictio, ille appellandus eſt, qui provocaretur ab eo, qui juriſdictionem z mandavit; ſi non mandata, hic olim ordo fuit: A magiſtratu municipali aliove judice in provinciis rectà appellabatur præſes: qui ſi nullus eſſet, placebat Romam appellatione delatâ appellari præfectum a urbi. Ad eundem provocabatur & à b prætoribus: à præfecto & præſidibus provinciarum, ſive ex appellatione ſive ex delegatione ſive ex ordine judicaſſent, ſolus appellabatur c princeps;

s No. 119. C. 4. auth. ſi appellatione. C. de temp. & repar. appell.
t Arg. l. præcipimus. 32. §. 2. & 4. C. hoc tit.
u No. 23. C. 1. Neq; enim convenit, ut par paris, multoque minus, ut minor majoris acta convellat. Marant. p. 6. hoc tit. n. 3. P. Greg. 1. de appell 3. n. 2.
x l. Imperatores. pr. hoc tit. convenit art. 205. Inſtruct. Cur. Holläd. Marant. n. 357. & ſeq. Gail. 1. obſ. 119.

y Vel ſucceſſor ejus. l. 1. pr. quis à quo app d. l 32. §. 3. C. hoc tit. z d. l. 1. §. 1; cui obſtare videtur. l 1. C. qui pro ſua juriſd in fin. ſed loquitur manifeſtè de iis, quibus cauſæ cognitio delegata eſt, id eſt, de judicibus datis; non autẽ, quibus mandata eſt juriſdictio vide Fachin. 1. cont. 78. Quod autẽ à ſententia legati proconſul appellabatur. l. 2. quis à quo. ſpecialẽ fuiſſe exiſtimo cum Cuiac. 7. obſ. 21. ubi ratio. a l. 7. junct. l. cum appellatio. 23. C. h. tit. b l. 17. C. eod prætores a. ipſi non appellabantur, niſi à judicibus datis. c l. 19 C. hoc tit. Stante repub. ad quos provocatio fieret, docet Cuiac, 21. obſ. 33. Pet. Greg. 4. de appell. 11.

in qua appellatione varii judices p[illegible]nere appellationis & litis æstimatione *d* constit[illegible]. Sed hæc mutatâ imperii formâ obsoleverunt. Illud manet, quod de judicibus datis diximus, eum provocari, qui dedit: ut & illud, quod vulgò dicitur, appellationem gradatim fieri debere, id est, ab inferiore ad superiorem proximè & immediatè sequentem appellandum *e* esse. Nam si omisso intermedio judice provocetur superior, causa ad eum remitti *f* solet, nisi is, adversus quem appellatur, in illum superiorem consentiat; quod tacitè facere intelligitur, si non contradicat. *g*

Etiam appellationem à se interpositam appellator deferre debet, hoc est, petere à judice appellationis causâ adito, ut is de appellatione *h* cognoscat & judicet: offeretque ei, si consequi potest, literas dimissorias à judice à quo, testes receptæ appellationis & ad superiorem dimissæ, quas *i* apostolos vocamus. Hasce literas judex à quo dare jubetur, etiam non petente appellatore, & quidem sine ulla frustratoria dilatione, idque intra 30. dies: ni fecerit, eadem pœnâ plectitur, quæ constituta est adversus eum, qui non admisit *k* appellationem, Ita autem denegatio apostolorum litigatori non nocet, si eos sæpius & instanter intra præstitutum tempus petierit, idque ipsum contestatus sit. *l*

Ad hæc interpositâ provocatione curare litigator debet, ut acta prioris judicii ac judicis relationem deferat ad judicem appellationis, quorum utrumque

d Vide l. 32. l. 37. & seq. C. hoc tit. l. 10. §. 1. ff. eod. No. 20. No. 23. C. 4. No. 24. C. 5. &c.

e l. 21. hoc tit. Marant. n. 357. Pet. Greg. 1. de app. 3. & 4. VVes. par. n. 9. Quanquam in quibusdam pagis hujus provinciæ id non semper observatur, quorum incolæ sede Baillivi & Parium Curiæ tribunal prætereunt Merul. 4. dist. 2. tit. 2. C. 1.

f d. l. 21. aut saltem perinde habetur, ac si is provocatus esset, qui immediatè sequitur. per l. 1. §. 3. hoc tit. & ibi DD.

g Panorm. in C. dilecti. X. hoc tit. aliis exceptio est in materia aggerationum art. 22. Instr. supr. Cur. adde Myns. 1. obs. 67. Marant. h. tit. n. 362. *h No. 50. C. 1. l 37. vers. pen C. hoc tit. Gail. 1. obs. 140. & pars adversa oblato Senatui supplici libello citanda est. art. 206. Instruct. Curiæ Holland. observaturque in judiciis, ut unà cum citatione decernatur inhibitio. Gail d. obs. 144. Merul. d. tit. 2. C. 4.* *i l. un. de libell. dimissor. l. dimissoriæ. 106. d V. S. de quibus plenius Cuiac 24. obs. 29 God. ad d. l. 106. de V. S. VVarmser. 24. obs. 23. Marant. p. 6. n. 219. & seqq. Pet. Greg 6. de app. 2. & 7.* *k l. 6. §. ult. junct. l. 24. C. hoc tit. adde Bachov. in Treutl p. 2. disp. ult. th. 8. litt E. F. G.* *l d. l. un. in fin. C. ab eo. § illud. X h. tit. in 6. alioqui appellationi renunciasse censetur. VVes. par de libel. demiss. n. 4. Iure tamen Can. sufficit, & usu receptũ, ut simul uno contextu atq; in ipsa appellatione instanter & sæpius peti liceat. Clement. quãvis rigor h. tit. Vestr. 7. p. 3. n. 55. & ibi Gravat. In hisce regionibus nullus, quod sciam apostolorũ usus: & in Camera quoque impune eorũ petitio omittitur. Myns. 4. obs. 26. Gail. 1. obs. 139 n. 15.*

etiam ei præstare debet judex à quo, literasque ad superiorem dirigere, quibus opinionem suam *m* exponat. Hujus autem opinionis exemplum ilicò litigatoribus apud acta edendum, ut si cui relatio minus plena vel contraria videatur, is refutatorias preces opponat, quas similiter apud acta sine aliqua frustratoria dilatione offerat, sicut facere jubetur, si adversus exemplum consultationis, id est, relationis, quæ ad principem dirigitur (sic dictæ, quia per consultationē imploratur audientia principis) hujusmodi preces opponere *n* velit. Eadem enim omnium relationū & libellorum refutatoriorum ratio, nempe ut his cognitis de plena veritate constare possit: ita autem potest, si relationes vel allegationibus refellantur, vel probentur assensu litigatoris nihil edito exemplo *o* respondentis. Hinc autē perspicuum est, non idem esse preces refutatorias, quod libelli appellatorii aut apostoli; cum preces refutatoriæ dicantur libelli, qui cōtinent allegationes, quibus *p* refutatur relatio judicis anteà edita. Quod si appellator superiora sibi petere neglexerit, perinde appellatio deserta habetur, ac si apostolos petere *q* neglexisset. Petenti autem si intra tempus ad rem definitum reddita non erunt, nihil obesse puto, quominus de appellatione cognoscatur. Sed & judici non reddenti multa dicitur, & in appellatione ad principem irrogatur *r* infamia.

Tempora, intra quæ appellatio introduci debet, pro varietate judicum & locorum varia *s* constituta.

m l. 15. l. 19. l. 24. C. hoc tit. De hujusmodi actorū editione, & de compulsorialibus Gail. 1. obs. 134. facit. art. 210. Instr. Curiæ Holland. Cætera usu ferè abrogata.

n l. 1. & 2. & seqq. C. de relat. De cōsultationibus vide P. Greg. 1. de appell. 4 Marant. p. 6. n. 7. & 3. seqq.

o l. 2. C. d. tit. adde & hunc finem, ut his editis & cognitis sic instruatur superior, ne prosemodum apostolorum recensione non sit opus. l. ult. C. eod.

p d. l. 1. C. eod. Apostoli vero sive literæ dimissoriæ nullam refutationem continent. vide & Cuiac. 22. obs. 33.

q l. 18. C. hoc tit. quod sic accipio, si neglexerit petere instantior & sæpius, uti de apostolis diximus.

r Illud est in l. judicibus. 24. hoc in l. ne causas C. eod.

s Qui apud nos appellationem prosequi volunt, tenentur eam denunciare intra 20. dies, ab interposita appellatione numerandos. art. 204. Instr. Cur. Holl, aut si à Senatu provinciali provocatum est, intra dies 40. art. 216. eaque omnia procurare, quæ d. art. & art. 206. continentur. alioqui appellatio pro deserta habetur. Quod si opera accensi dies comparitionis nimium fuerit prorogata, fas est citato eam decreto judicis anticipare. art. 207. Quid juris, si die præfixo citatus aut appellator non compareat? De eo cautum art. 114. priore. & art. 209. Porro de appellatione deserta, quæ & quomodo talis habeatur, adiri poterunt Marant n. 408. & seqq. Gail. 1. obs. 137 & seqq Mynf. 2. obs. 50. & seq VVurmser. tit. 24. obs. 21. & seq. Vestr. 3. pr. aulæ Rom. c. 6. Pet. Greg. 8. de appell. 2 & 3.

Consultationibus annus datus sine discrimine locorum. Idem tempus constitutum, cum appellatur quidem magistratus, sed ex remotioribus provinciis appellatio defertur. Cum autem ex aliis partibus imperii magistratus provocatur, novem menses appellationi introducendæ constituti. Ideo autem & in hac specie novem menses, & in præcedenti annum esse dicimus, quia in utraq; tres menses numerantur, intra quos liceat petere reparationem appellationis à principe. In consultationibus autem reparatio locum nullũ habet, post tempus ad eas introducendas constitutum. Quod idem nominatim cautũ est, cum à pedaneis judicibus appellatur in eadem urbe: in qua item specie non amplius, quam quinq; menses ad iuducendam appellationem dati. In consultationibus quoque nulli dies fatales: in aliis autẽ appellationibus certi dies in fine cujusque temporis constituti, quibus solis appellationẽ inducere liceret, quos fatales appellavere, quod iis non observatis appellatio expiraret & quasi fato fungeretur. De quibus operæ non est pluribus *t* disserere. Vulgò nunc omnia ea tempora, quæ tum ad interponendam appellationem, tum ad deferendam, eamque introducendam & prosequendam constituta sunt, ita ut his non observatis appellatio deserta habeatur, nomine fatalium comprehendunt. *u*

t *Vide l. 2. l. 3 l. ult. C. de temp. & rep. app. No. 23. C. 1. auth. sed & lis. C. d. tit. No. 82. C. 6. add. Cuiac. par. ad d. tit. C. de temp. app. & 18. obs. 38. & 12. obs. 4. Don. 23. comm. C. 7.*

u *De fatalibus introducendæ appellationis Pet. Greg. 6. de app. 8. & 9. Mynf. 3. obs. 94. & 6. obs. 12. Gail. 1. obs. 140. De restitutione adversus lapsum fatalium idem Gail. 1. obs. 143. Mynf. 3. obs. 98.*

CAP. LV.

Appellationis introductæ quæ vis & effectus: tum quid litigatores & judicem ea introducta facere conveniat.

APpellatio ad hoc comparata est, ut rescindatur & in melius reformetur sententia, à qua *x* provocatum est. Et notandum hoc beneficium victori cum victo commune esse, si quid & ipse appellatione introductâ minus se eâ sententiâ consecutum conqueratur: in tantum, ut & absentis partes judex pro officio

x *l. 1. pr. hoc tit. Vulgò appellationis inductæ effectus duo præcipui statuuntur, suspensivus, & devolutivus. vid. P. Greg. 6. de appell. 21. & seq.*

officio implere *y* debeat. De sumtibus tamen querenti non licet aliis judicibus consulere, quam iis, qui ex consultatione cognoscunt, nec aliter, quam appellatione non *z* interpositâ. Cæterum hæc vis est appellationis, si sententia, à qua provocatum est, injuste sit, justam enim suâ sententiâ confirmare debet is, qui *a* appellatur. Videamus ergò quid hîc tum litigatores tum judicem facere conveniat. Ad illos quod attinet, quoniam appellator de sententiæ iniquitate queritur, officium ejus est, causam appellationis exequi & docere, se justè *b* appellasse. Qua in re ad defensionem juris sui etiam novis probationibus, dum ad novũ capitulum non pertineant, uti potest; quod & victori *c* tributum: aliasque rationes, quam quas libello appellatorio complexus est, in agenda causa *d* reddere. Sed hîc duplex cautio est: refert enim & à quo causæ appellationis reddantur; & intra quæ tempora. Is, qui appellavit, etiam causam appellationis reddere potest sive suo nomine agat sive alieno: sed si suo semper: si alieno hactenus, dum dominus litis jure non prohibeat: nam huic quoties ei visum erit, causæ suæ actio permittitur, etiam invito & non cessante *e* procuratore. Excipiendi hîc nobis pupilli & adulti, quorum tutor aut curator appellavit: quibus non permittitur causam appellationis persequi, nisi pendente eâ tutela aut cura *f* finita sit. Sed & finita ea si minor cessaverit, causam à se cœptam tutor & curator persequi coguntur, donec rationes reddiderint; usque adeo, ut & heredes eorum in periculum medii temporis *g* succedant. Quibus autem causas appellationis reddere licet, iisdem & per procuratorem licet in iis causis, quæ ab initio procuratorem

y l. ult. C. hoc tit. atque hoc est, quod tradunt DD. posse appellatum adhærere appellationi ab adversario interpositæ, perinde ac si ipse appellasset, quamvis appellans desistat. Mynſ. 2. obs. 21. Gail. 1. obs. 122. n. 3. & seq.

z Quæ sententia est l. ult. C. quand. prov. non est nec.

a l. 6. in fine pr. C. hoc tit.

b l. ult. §. ult. ff. l. 7. C. hoc tit vulgo justificationem appellationis nominant. de quo copiosè differit Brederod. hoc tr. p. 2. tit. 33.

c l. 6. §. 1. C. eod. l. 4. C. de temp. & rep. app. vide Mascardum. singul. 24.

d l. 3. in fine ff. hoc tit. & si plura gravamina proposuit, sufficit vel unũ ex his probare. per l. 15. §. 1. eod. C. significavit tit. 48. X. eod. Brederod. tit. 35. §. si plura gravamina. *e l. tutor. 27. ff. junct. l. 9. C. eod. facit etiam responsum IC. in l. 2. an per alium causa appel. quamvis quæstio de procuratore cessante proposita.* *f l. ult. §. ult. hoc tit fortassis ideo, quia quamdiu supersunt, qui primi experti sunt, non sunt invito adversario alii admittendi, qui causæ idonei tueri non possunt.* *g l. pen. hoc tit. l. un. §. ult. si pende appell. mors interven. l. ult. si tutor vel cur. app.*

non *h* respuerent. Reddendæ causæ exercendæq; appellationi annus præstitutus est; quo exacto perinde priori sententiæ standum, ac si provocatum non esset: nisi tamen appellator doceat, se judicis injuriâ aut alia inevitabili causâ prohibitum *i* fuisse: quo probato accedit alter annus. Transacto autem biennio vetatur amplius audiri, præterquam si cum res ageretur in consistorio principis, per procerum ordinem publicis negotiis occupatorum factum sit, quominus sententia intra biennium *k* ferretur. Adhæc si de causa appellationis compromissum sit, placet interim dum arbitri cognoscunt, fatalia prosequendæ appellationis *l* non currere. Denique heredibus appellatoris prætèr legitimum tempus, quod vivo supererat, quatuor menses indulti, numerandi ex quo tempus ad deliberandum concessum *m* præterierit.

Quæ judicem in causa appellationis facere oportet, pleraque cum primo judicio communia, nonnulla etiam hujus propria. Communia, ut litigatores intra tempora constituta audiat, ut pendente appellatione nihil innovet, sed omnia perinde habeantur, quasi nec judicatum *n* esset: ut si causæ appellationis redditæ sint, de his cognoscat, merita consideret, ipse judicet & propria sententia causam determinet, non ad suum judicem negotium *o* remittat: ut pronunciando declaret priorem sententiam justam vel injustam *p* esse secundum eas leges, quæ in priori judicio *q* valuerunt;

h l. 18. hoc tit. junct. l. 1. & per al. C. de app. adde C. sæpe contingit. 44. C. interposita. 70. §. 1. X. hoc tit. quibus in causis procurator ab initio intervenire nequeat, docui sup. lib. 3. C. 20.

i Auth. ei qui. C. hoc tit. l. ult. § 4. C. de temp. app. De hisce fatalibus, quæ prosequendæ & finiendæ appellationis vocant, consulat, qui volet, Mynf. 1. obs. 31. & 5. obs. 57. Pet. Greg. 6. de app. 10. Gail. 1. obs. 141. Vestr. 3. pract. 5. Marant. p. 6. n. 228. & seqq. Vnde discet, vix ullibi locorũ rationẽ horum fatalium haberi, sicuti nec fatalium primæ instantiæ, ut notavi sup C. 38. in fin. quamvis tempora interponendæ & introducendæ appellationis diligenter ubique serventur. k *l. ult. §. 3. C. de temp. appell. auth. sed & his C. eod. ex qua tamen auth. minimè colligi potest, quod ex ea collegit Gail. d. obs. n. 7. ob multitudinẽ causarũ fatalia prosequendæ appellationis posse non attendi, ut in Camera.* l *Auth. si tamen C. d. tit. Cuiac. in No. 93. an aliàs conventione partiũ hæc fatalia extendi possint, vide Gail. d. obs. 141. n. 6. & in contrariũ Gravat. ad Vestr. 7. pract. C. ult. n. 42.* m *l. ult. C. si pendent appell. mors interv.* n *l. 3. C. hoc tit. l. un. nihil. innov. app. interp. & curare debet, ut attentata reparentur. C bona, 51. X. hoc tit. & similib. Dãhoud. prax. civ. C. 243. n. 2. & DD. passim.* o *l. 6. pr. & §. 3. C. eod. Adeoque etsi ab interlocutoria appellatum sit, tota tamen causa ad superiorem devolvitur, si malè judicatum pronuncietur. Gail. 1. obs. 131.* p *d. l. 6. pr. nec refert, bene vel malè appellatum dicat; an bene vel male judicatum; sive hæc, ut ferè usus fori est, conjungat. VVurms. tit. 24. obs. 28.* q *Novit cum de app. cogn. C. 1. add. P. Greg. 8. de appell. n. 10.*

runt;

runt: victum etiam de fructibus & in sumtus *r* litis, aut si de facto agitur, in id, quod interest, condemnet. Si nullæ causæ appellationis redditæ, nihilominus & hic rem judicatam sententia sua confirmet: postremò ut quamcunque sententiam dixerit, eam ipse *s* exequatur; quod tamen vulgò sic acceptum est, nisi propter desertionem aut lapsum fatalium prior sententia confirmata, aut ab interlocutoria malè appellatum esse *t* pronunciatum sit. Propria hujus judicii sunt; primum quod nō semper cogitur judex appellationis ipse sententiam dicere, sed quandoque causam *u* inferiori delegare potest: deinde quod sententiam ferre possit vel uno ex litigatoribus præsente, ac proinde etiam lite non *x* contestata. Præterea quod diximus, appellatione pendente nihil innovandum, id etiam suas exceptiones *y* habet, tum in pœna criminis, tū in sequestratione. In pœna criminis, si quis ex pluribus facinoribus condemnatus propter leviora appellavit, ex ea autem specie non appellavit, ex qua graviorem pœnam meruit: nam major pœna omnimodò *z* imponitur. In sequestratione duabus in causis: una est, cum ab executione appellatur: ubi hoc cautum, ut si res, de qua agitur, mobilis sit, ea ipsa sequestro collocetur: sin autem de possessione aut fundo executio cessaverit, suspendente eam appellatione, non res ipsa, sed fructus interim sequestrentur, jure rei penes appellatorem *a* constituto. Altera causa est, si cum à sententia provocatum sit, possessor doceatur fructus populari: nā & hoc casu fructus apud sequestrem deponi *b* placuit. Est & illud appellationis proprium, quod judex pœnam imponere jubetur ei, qui temerè appellavit,

r Et indistincte quidem si appellans succubuit C. fin. de dol. & contum. Gail. 1. obs. 154. n. 4. sed si pars appellata, non aliter, quam si ex iisdē actis victa sit. Gail. d. obs. 152. n. 2 Sich. ad l. 12. §. 1. C. de reb. cred. n. 10.

s d. l. 6. pr. arg. l. 8. C. hoc tit. auth. si quis litigantium. C. de episc. & cler. verbis; per sententiam suā confirmet & executioni propriæ tradat. quæ verba satis refellūt P. Greg. 8. de app. 5. n. 3.

t Mynſ. 4. obs. 94. Gail. 1. obs. 131. n. 2. Brederod. hoc tract. p. 2. tit. 41. add. VVurmſ. tit. 24. obs. 27.

u Quod permittitur præfecto pretorio, si vel negotii mediocritas, vel longinquitas regionis ad eum venire litigatores sine evidenti incommodo non patiatur. l. 26. C. hoc tit.

x l. ult. §. 4. C. de temp. app. quæ & comm. DD. sententia, teste Franc de Cald. ad l. 3. C. de in int. rest. in defin. 5. per quod pristinum jus recipiat.

y De attentatis consulere licebit Guid. Pap decis. 213. Afflict. dec. 251. & seq. Vestr. 8. pr. 4. Mynſ. 1. obs. 26. & 3. obs. 33. Gail. 1. obs. 144. & 2. seqq. Pet. Greg. 7. de app. toto.

z Distinctio tradita in l. un. §. ult. ub. inno. app. interp.

a l. 5. C. quor. app. non rec. De appellatione ab excessu in exequendo, itemq́ue de pronunciatione de exequendo. Gail. de arrest. imp. C. 11. n. 20. Mynſ. 3. obs. 32. Pet. Greg. 2. de app. 11. Marant. h. tit. n. 259. & seqq.

b l. imperatores. 21. §. ult. ff. hoc tit.

quæ & certa postea definita *c* est; nec evitari potest, nisi aut tempestivè appellationi *d* renuncietur, aut de negotio nondum finita lite *e* transigatur. Planè heredem etiam introductæ appellationi impunè renunciare posse *f* existimo. Postremò in criminibus hoc hujus judicii peculiare, quod etsi reus, qui appellavit, pendente appellatione decesserit, bonorum tamen quæstio, quæ morte rei una cum crimine in *g* primo judicio extingueretur, in hoc adhuc supersit.

c l.6.§.4.C. eod. junct. l.5. C. quor. app. non rec. Nostris dicitur. Boete van 't fol ofte fri- vol appel. *de quo cautum art.211.add. Marant. p.6. n 346. Damh. C 24 P Greg. 8. de app. 5. Mernl. 4. distinct. 2 C. 14.*
d Tempestivè a. renunciare intelligitur, qui usque ad libellos appellatorios tantum processit, neque induxit appellationem l.28.C. hoc tit. Nostro jure intra octiduum ab interposita appellatione renunciandum. art.199. ubi & alia.
e l.8. C. hoc tit. vide art. 201. Instr. Cur. prov.
f Nam hæres in pœnam succedit l. pen. de op. no. nunc. Nec obstat. l. un. pr. si pend. app. mors int. causas enim appellationis reddere tenetur, si alterius interest, non ut, si id non fecerit, plecti debeat, sed ut rei prius judicata stetur. l.1.C.d. tit.
g l.6. de accus. l.2. & 3. C. si reus vel accus. mort.
h l. un. vers. quamvis. ff. l.3. C. si pend. app. mors int. add. P. Greg. 6. de appell. 15. n.4. & seqq.

De Arbitris.

CAP. LVI.

Qui arbitrii vis & potestas.

EMergentes è procellosa judiciorũ periodo afflare cœpit aura placidior. Expandamus igitur vela, lenique vento provectæ rates bonos & prudentes viros secum afferant, quorum fideli minimeque suspectæ sententiæ se subjiciant, qui reformidantes sumtus, moras, aliaque incommoda & difficultates judiciorum, lites quam citissimè, nec tamen minus ex fide & prudenter dirimi velint. Et nimirum expedito judicio necessario supererat adhuc voluntarium illud, judicium scilicet ex consensu sumtorum, quod ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromissum *i* appellatur: quod & ipsum adfiniendas lites, pertinet, easque, quas diximus, utilitates suis conditionibus habet. De arbitriis duo potissimum cognoscenda: quæ sit vis ac potestas cujusque arbitrii ad litem finiendam: an si recuset arbiter sententiam dicere, cogi possit. Ut arbitrium litem finiat, duo hæc requiruntur; ut jure non improbetur;

i Nempe quod litigatores compromittere, hoc est, simul & invicem pœnam promittere soleant, si quis eorum sententia arbitri non steterit. l. 3. §. 2. l. 11. §. 1. ff. l. 1. C. hoc tit.

betur; ut non improbatum leges tueantur. Quod ad prius attinet, eſt quod jus exigit in rebus, quibus arbitrium cônſtat: eſt item, quod exigit in facto arbitri. Conſtat arbitrium hiſce quatuor; arbitro; litigatoribus; re, de qua agitur; & lege, quâ poteſtas arbitrandi defertur. In arbitro exigitur, ut ſit idoneus: neque enim quivis arbiter ſumi poteſt: non qui ſumitur de re ſua; non item, qui judex ejus rei, de *k* qua ſumitur: in univerſum autẽ arbitri eſſe non poſſunt, qui judices eſſe *l* prohibentur. In litigatore, ut arbitrium cum eo conſiſtere poſſit: cum iis autem ſolis poteſt, qui judicio agere aut conveniri *m* poſſunt. In re, ut de ea arbiter ſumi poſſit: non poteſt autem de famoſo delicto, de re publici judicii, de liberali *n* cauſa. Ac neque de iis rebus arbiter judicare poteſt, quę poſt compromiſſum *o* acciderunt. In lege, ut ne ita ſumatur, ut certã *p* ſententiam dicat, ſed ut dicat, quod ipſi videatur. Atque hæc, quæ diximus, ejuſmodi ſunt, ut non ſolum ſine horum aliquo ab initio nullũ ſit arbitrium, ſed etiam, ſi quid eorum poſtea eſſe deſierit, ſolvatur. Moriatur ergò arbiter, ſolvitur compromiſſum; in tantum, ut quamvis juſſerit litigatorem adeſſe Calendis, ſi ante Calendas moriatur, pœna non committatur adverſus eum, qui non *q* adfuit. Idẽ eſt, ſi dies compromiſſo dictus exierit: niſi nominatim ita ſumtus ſit, ut liceret ei diem arbitrii proferre, & *r* protulit. Moriatur unus ex litigatoribus, in compromiſſo heres non ſuccedit, niſi ejus quoque mentio facta ſit ab utraque *s* parte. Similiter ſi de re tranſactum ſit, aut acceptilatione reive interitu ſublata obligatio, compromiſſum ſolvitur.

k l.9.§.2.ff. hoc tit. Quod a. ſolent judices, antequã ſententiam ferant, tranſactionẽ inter partes tractare, in eo non arbitrorũ, ſed arbitratorum vice funguntur: & quod ita inter partes tranſactũ eſt, id non autoritate judiciali, ſed jure tranſactionis valet, ut benè notat Bachov. ad Treutl.p.1. diſp.12.th.6. lit.F.

l l.7.l.9.l.pen. ff.l.ult.C.hoc tit.arg.l.1.& l.eum lege 41. ff.eod.

m Igitur nec ſervus compromittere poteſt. l. non diſtinguemus. 32.§.ſi ſerv.eod.l.3.§.ſi ſervus.de pecul.vid.Cujac.8.obſ.11.nec impuberes, furioſi, prodigi: quia nec obligari poſſunt. *n Quia hæ omnes ejuſmodi cauſæ ſunt, ut exiſtimentur majores judices habere debere. d.l.32.§.Iulianus, & ſeq.* *o Quod & ipſum arbitrium commune habet cum judicio. l. de his. 46. hoc tit.* *p l.qualem.19.eod. aut quod Titio diſceptatori placuerit, pronunciet. Hoc enim pacto libera arbitro ſententia dicendæ, facultas contra naturam arbitrii auffertur. l.17.§.3.eod.* *q l. arbiter calendis. 40. eod.* *r quid tamen. 21.§.Papinian.& 3.ſi intea.junct.l.non diſtinguemus.32.§.ult.& l.ſeq.eod.* *s Idq; propter conventionem. l. diem. 27.§.1.junct.l.antep.§.2.eod. Quod ſi ab una tantum parte heredis mentio in compromiſſo facta ſit, placet compromiſſũ ſolvi morte cujuſvis ex litigatoribus. d.§ 2.*

In facto arbitri quædam jus exigit ante sententiam; quędā in genere sententiæ; quędam in circumstantiis. Ante sententiam quæ exiguntur, communia illi sunt cum judice, nempe ut ante sedem judicialem sacrosanctas Scripturas positas habeat; ut jusjurandum de calumnia primū à partibus, mox etiam à patronis causæ exigat; ut causam discutiat & t cognoscat. In genere sentētiæ, ne quid inhonestum jubeat, aut quid statuat, præterquam quod ei ex compromisso licet: ut puta, nihil egerit, si vetet pœnam peti, de qua compromissum non est; aut si alium arbitrum statuere jubeat aut sibi adjungi; aut diem compromissi proroget, cum de eo nihil cautum. Planè solutioni diem statuere potest, quia, ut puto, solutionis pars est x dies. Cætera in sententia arbitri, quamvis iniqua, rata y sunt. Enimverò si stipulantis dolo factum sit, ut iniqua sententia ferretur, siquidem clausula, nequid doli mali in ea re fieret, adjecta sit, pœna ipso jure nō committetur, etsi victus sententiæ non paret: quin etiam etsi per errorem paruit, tamen actione ex stipulatu repetet ea, quæ solvit. si non adjecta, valebit quidem ipso jure sententia, sed nihilominus locum habebit de dolo actio vel z exceptio. In circumstantiis sententiæ ferendæ exigitur, primum ut præsentes sint litigatores, nisi in compromisso expressum sit, ut absente vel uno vel utroque sententia b promatur. Ex officio igitur arbitri est, ut certo loco & tempore adesse jubeat litigatores, per nuncium an per epistolam, c nihil interest. Quod si unus adesse jussus non venerit, non eo magis valebit sententia: sed pœna adversus eum committetur: nisi justâ causâ impeditus,

t l. rem non novam. vers. & generaliter. & §. patroni. C. de jud. l. 2. C. de jur. propt. calum. l. 12. pr. l. 13. l. Labeo. 25. §. 1. hoc tit.

u Quæ omnia seqq. locis comprehensa. d. quid tamen. 21. §. item si arbiter. & §. non debent. d. l. 32. §. de officio 15. & 2. seq. & §. ult. l. arbiter. 42. l. in compromissis. 45. l. antepen. eod. De forma cō promissi in arbitrio servanda vide, quæ notat Tiuld. ad Damhoud. prax. civ. C. 304. lit. l.

x l. 1. §. 2. de edend. de solutione a. est. textus est in d. l. 21. §. solutione. hoc tit. *y l. diem proferre. §. stari. eod. l. societatem. 76. pro soc. nisi lata sit in thesi contra jus: cujusmodi sententiam judicis ipso jure nullam esse docuimus sup. C. 48. vid. & cap. seq.* *z Hæc in l. ita demum. 31. hoc tit. ubi in fin. hoc compromissum, quod & doli clausulam habet, plenum IC. appellat. Alio a. sensu plenum dicitur in l. 11. §. 2. in fin. & l. 13. §. 1. eod. item alio in l. 21. §. plenum. eod add. Bachov. ad hunc tit. C. 2. n. 5.* *b l. diem. §. si quis litigatorum eod. quod si jure fit, absens non committit pœnam. itaq; verba illa in d. §. pœnam a. is, qui defuit, committit, ad antecedens referenda sunt, ut rectè Gloss. ibid.* *c l. si d. & 49. §. arbiter. eod. de loco sententia dicenda est in l. 21. §. 10. & seq. eod. add. Bachov. ad hunc tit. C. 4. n. 8.*

peditus, quominus veniret, in eundem compromittere paratus sit: quo casu placet aut actionẽ adversus eum denegari, aut exceptione *d* tutum fore. Secundò exigitur, ut ne vetito tempore sententiam dicat, qualis est dies *e* Dominicus: neve eo toto tempore, quo res tractatur, cui sententiâ arbitri præjudicium fieri non oportet; veluti si is faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto *f* compromiserat: postremò nec invito litigatore eo tempore, per quod ex privilegio litem exercere non cogitur, cujusmodi privilegium legatis olim concessum *g* fuit. Si hæc impedimenta non erunt, nihil obstare puto, quo minus omni tempore, etiam feriato die sententiam ferat, modò id faciat *h* præsentibus & consentientibus litigatoribus. Cæterum si in plures arbitros compromissum sit, etiam his omnibus præsentibus judicari oportere existimo. *i*

His igitur vitiis remotis, erit quidem sententia arbitri ejusmodi, ut jure non improbetur: sed hoc ad vim & effectum ejus non est satis, nisi simul jus eam tueatur, & recusantem ei parere cogat. Cogendi ratio duplex; una vetus & obliqua; altera nova & directa. Vetus & obliqua ex conventione nascitur litigatorum ultrò citroque pœnam promittentium, si quis sententiæ non steterit; quæ mutua pœnæ stipulatio & promissio compromissum *k* dicitur. Obliquam hanc rationem ideo appellamus, quia hujus conventionis non ea vis, ut quis districtè cogatur stare sententiæ, sed ut cogatur metu pœnæ: quam si solvat, iterum agere potest: neque enim veterem actionem arbitri consumit *l* sententia. Prodest autem compromissum non solum ad hoc, ut sententiæ pareat, qui pœnam evitare velit:

d d. l. diem. §. si quis. junct. d. l. 21. §. si quis. eod.

e l. 3. l. 7. C. de feriis. Bart. in l. 13. §. fin. hoc tit. Costal. in l. 1. ff. de feriis. quamvis contractus festo die celebrati & arbitramenta valeant. per l. 8. C. de fer.

f d. l. non distinguemus. §. si is. 10. hoc tit. porrò hereditatis præjudicium fieri non oportet. l. 5. in fin. de her. pet.

g d. l. non distinguemus. §. item si. 9. hoc tit. junct. l. 2. §. legatis. de jud.

h Quamvis cogi non possit: nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit. l. 13. §. pen. h. tit. add. Bachov. C. 4. n. 7. ubi rectè conciliat, l. arbiter. 40. ff. hoc tit. & locum Macrob. 1. saturn. 15. cum l. 7. C. de fer.

i Haud secus, quam jus est, cum plures judicare jussi sunt. l. duo ex tribus. 39. de re jud. vid. sup. C. 48. in fin.

k l. 11. §. 1. hoc tit. Neq; tamen necesse est, pœnam semper promittere: sed ex sententia edicti sufficit rem apud arbitrum deponi eâ lege, ut ei detur, qui vicerit. d. l. 11. §. 2. interdum & nudum pactum sufficit. §. 3. d. l. 11. sed & si sine pœna simpliciter sententiæ stari promiserint, datur incerti actio. l. 27. §. ult. eod. vid. cap. seq.

l l. 1. C. hoc tit. cui non placuit tantam vim attribui, ut inter publica & privata judicia nullum esset discrimen; aut ut exequatis judiciariæ autoritati privatorum hominum placitis, splendor ille & majestas judiciorum obsolesceret. V. Ves. par. n. 4.

sed etiam ut cogatur sententiam pati. quia & tunc pœnam committi placet, cum per litigatorem steterit, quominus arbiter sententiam *m* diceret. Directa sententiæ tuendæ ratio est, cum jus cogit rectà stare sententiæ, datâ actione, quò ea mãdetur executioni. Hæc ratio nova est à Justiniano introducta, qui primus ex sententia arbitri actionem & exceptionem dedit, certis quidem conditionibus, sed quarum tamen singulæ non minus, quam universæ v[illegible]ant ad sententiæ confirmationem. Conditiones hæ, positæ & ipsæ in facto litigatorum, sunt quatuor: si litigatores jurejurando interposito caverint, se sententiæ staturos: si arbiter postulantibus litigatoribus juraverit, se religiosè judicaturum: si litigatores sententiæ subscripserint: si silentio sententiam confirmarint, quod fecisse existimentur, si intra decem dies, ex quo sententia lata, pars una alteri aut judici non denunciaverit sententiam non *n* placere. Ex his autem conditionibus prima & secunda postea † abrogatæ: solæ relictæ duæ posteriores. Datur autem actio vel in factum, vel condictio ex lege, vel in rem utilis, prout exigit facti qualitas, ut ad similitudinem judicati actionis sententia per magistratum mandetur executioni, perinde ac si judicio *o* actum esset. Exceptio autem, quæ ex arbitrio nascitur, pacti exceptio est. Illud obiter monendi sumus, jus primam arbitri sententiam tueri: mutare autem aut corrigere eum sententiam non posse; quia sententiâ semel dictâ arbiter esse *p* desinit. Planè jussum ante sententiam, quæ arbitrium finiat, mutare potest. *q*

m l. diem. §. si quis litigatorum. ff. d. l. 1. & l. 2. C. eod. cujus rei rationem pete ex l. in jure. 161. de R. I.

n De primis tribus conditionibus cautum in l. 4. C. hoc tit. de postrema in l. pen. C eod. §. Constitutione ipsius Justiniani No. de judicib. 82. C. 11. haud dubiè quoniã animadvertit, periculosum esse & lubricum, cõcedere aliquid jurijurando in futurum concepto.

o d. l. 4. §. & in his omnibus. pen l. pen. in pr. C. eod. *p l. qualem. 19. in fin. & l. seq. d. l. quid tamen. in pr. ff. hoc tit.* *q d. l. qualem. §. 2. sicut & judex potest. l. 14. ff. de re jud.*

CAP. LVII.

Qui arbitrium recepit, cogi sententiam dicere, nisi justam recusandi causam habeat.

VI & potestate arbitrii cognitâ, superest, ut quæramus, an si recuset arbiter sententiam dicere, ad id

id cogi possit. Et quidem de cogẽdo eo, qui arbitrium non recepit, jure nihil cautum: unde intelligitur, ne recipere quidem illud quenquam cogi. At cum quis semel arbitrium recepit, quod fecisse intelligitur, quando partes suscepit judicis, pœnâ compromissâ cogitur sẽtentiam † dicere. Cogetur autẽ à prætore, quicunque sit, multa indicta: dum ne par aut superior r magistratus. Cæterum non cogitur, nisi causa cognita: nam licet verbis edicti hæc una tantum conditio expressa sit, si pœna compromissa receperit: edictum tamen ita acceptum, quasi prætor pollicitus esset se causa cognita coacturum, ut si quam justam recusandi causam arbiter haberet, sententiam dicere non s cogeretur. Recusandi causæ in universum quinque. Prima est, si sententia inutilis futura t sit, sive ex persona arbitri, quod is non idoneus; sive ex persona rei, quod cum eo arbitrium non consistat; sive ex re, de qua agitur; sive ex lege arbitrio dicta. de quibus causis ordine diximus cap. præcedenti. Eodem pertinet, si quis arbitrium receperit pœna non u compromissa. Et olim quidem hîc in universum arbiter non cogebatur, propterea quod pœna invicem non promissa impunè sententia contemneretur. At hodie cum etiam sine compromisso saltem duobus casibus sentẽtia valeat, dubitari potest, num vel ideo arbiter cogendus, quamvis sine compromisso receperit. Non magis puto, quam si sub conditione pœna promissa recepisset. quippe cum & illi casus incerti sint, & adhuc ex incerto eventu factoq; litigatorum pendeat sententiæ x confirmatio. Manebit igitur etiamnum jus antiquum, ut pœnam invicẽ promitti oporteat. Et est animadvertendum, stipulationem in pœna exigi, quia pactum ad exactionem jure civili non y sufficit. Planè si res ea lege apud arbitrum depositæ sint, ut daret ei, qui vicisset, z tale pactum pro pleno compromisso habetur. Quod si ad pœnam consequendam retentione tantum opus, nudum etiam

† l. 3. §. 1. & seq. junct. l. Pomponius. §. recepisse. eod. VVesenb. par. n. 3.

r l. non distinguemus. §. si arbiter. junct. d. l. 3. in fin. & 4. ll. seqq. eod.

s Traditur hoc in l. 15. eod. hoc tit.

t Nihil enim interest litigatorum talem sententiã proferri: neque cogendus arbiter inanem operam sumere.

u Nam verbis edicti non aliter sententiam dicere cogebatur, quam pecuniâ compromissâ. l. 3. §. ait prætor eod.

x quamvis aliud Donello videatur. cap. 11. lib. 28. comm.

y l. jurisgentium. §. sed cum nulla. & §. quinimò. ff. de pact.

z l. litigatores. §. 2. hoc tit. facit d. l. jurisgentium. §. 2. & l. legem. C. de pact.

pactum *a* suffecerit. Illud non refert, certa summa aut res promissa sit, an incerta quanti res est: ac ne illud quidem, majorne an minor sit pœna, quam res, de qua *b* agitur; purè promissa sit, an in diem: at sub conditione si promittatur, periculum est, ne deficiat *c* conditio. Sed etsi pœna compromisso expressim adjecta non est, sed simpliciter sententiæ stari litigatores promiserunt, placuit nihilominus adversus eum, qui non paret, incerti actionem *d* esse: quapropter & hic arbiter cogi poterit, ut sententiam *e* dicat. Promissam autem pœnam sic accipiemus, si utiliter promissa sit: nam si mulier alieno nomine promittat, non erit pecunia compromissa *f* propter intercessionem: item si duret promissio, & res in ea causa sit, ut pœna perpetuo possit exigi. unde si pœna accepto lata sit, non *g* debet arbiter cogi; & pœnâ semel commissâ solvitur *h* compromissum. Idem est, si is, qui pœnam promisit, bonis suis *i* cesserit. Quod autem juris est pœnâ ab utroque non promissâ, aut ita promissâ, ut exigi non possit, idem est, si ab altero promissa sit duntaxat. Quid enim si sententia *k* dicenda adversus eum, qui non promisit?

Secunda causa recusandi est, si sine incommodo suo, quod post arbitrium receptum inciderit, operam præbere arbiter non possit. Hoc autem incommodum aut est valetudinis, aut ætatis, aut famæ, aut etiam rei familiaris, si quod urgens negotium incidat, cui vacare non possit, si cogatur *l* cognoscere & judicare. Et profectò nemini officium alieni commodi causâ susceptū *m* nocere debet. Cæterum in causa valetudinis aliisque

a *Id tunc evenit, cum ambo litigatores debitores invicem fuerunt, & pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit. d. l. litigatores. §. 3.*

b *Vid. d. l. litigatores. §. 2. l. non autem. 28. l. 32. pr. eod.*

c *In quem casum rectè dicetur pœna non esse promissa. d. l. litigatores. §. ult. & l. seq. eod.*

d *l. diem. 27. §. ult. eod. nec obstat, quod edictum de pecunia compromissa loquitur. l. 3. §. 2. eod. nam instar pecuniæ promissæ est. quod incerti condictione agi potest.*

e *Siquidem ad cogendum arbitrū sufficit compromissum valere. d. l. litigatores. §. 1. eod. Bachov. ad h. tit. C. 2. n. 2.*

f *l. non distinguemus. §. 2. eod.*

g *l. Pomponius. eod.*

h *Sc. quia pœna amplius committi non potest. d. l. non distinguemus. §. 1. l. si duo. 34. §. 1. eod de modis solvendi compromissi tractat Bachov ad hunc tit. C. ult.*

i *l. item si unus. pr. eod. ubi ratio. quod neque agere, neque conveniri poßit.*

k *Quod si fiat sententia erit inutilis. vid. d. l. litigatores. §. 4. l. Pomponius. §. 1. eod.*

l *Traduntur hæc omnia in l. licet. & seq. eod. Fama autem & honoris periculum subire arbitrum intelligimus, si exortis posteà inimicitiis capitalibus inter eum & litigatores aut alterutrum eorum, nihilominus judicet. d. l. licet.*

m *l. 7. ff. test. qu. aper. l. si servus. §. quod verò. de furt.*

tem-

temporalibus incommodis arbitrium causâ cognita differre *n* cogitur. Tertia est, si se indignos præbeant litigatores, quibus hæc opera navetur: quod faciunt aut spernẽdo arbitri judicium, dum ad judicem alium-ve arbitrum eunt, aut eum *o* infamando: nec refert, ambo, an alter tantum hæc fecerit; sed pœna adversus eum, qui fecit, *p* committitur. Quarta est, si secus, quam per compromissum licet, arbiter cogatur, veluti si ex pluribus sumtis unum prætor cogat, cæteros non cogat: nisi sic sumti, ut quam quilibet vel unus sententiam dixisset, ei *q* staretur. Postrema est, si cogatur dicere diebus feriatis: hoc tamen ita, nisi dies exitura sit, nec proferri possit; extra quam si ea lex dicta compromisso, ne die feriata sententia *r* diceretur. Dixisse autem sententiam, ut hoc obiter addam, tunc intelligitur, cum de re controversa pronunciavit, quod sibi videtur, ita ut ea pronunciatione finis toti negotio *s* impositus sit. Qui igitur aut de alia re pronunciavit, aut incertam sententiam dixit, aut de parte duntaxat, aut de quibusdam controversiis, cum de omnibus simul compromissum, ut sententiam ferret, perinde habetur, quasi non *t* dixisset.

Ex his autem intelligi potest, quamvis arbitrium in multis cum veris judiciis *u* conveniat, tamen in pluribus discrepare. Pauca è multis colligamus. Arbitrium nemo invitus suscipit, non consistit de omnibus rebus, uno ex litigatoribus mortuo solvitur: omnia in judicio contrà. Arbiter etiam diebus feriatis, etiã uno litigatorum absente, legitimè tamen evocato, quovis loco, quo *x* convenit, sententiam dicere potest: judex nõ potest. Si tres arbitri diversas sententias dixerint, nulla earum valebit: si idem fecerint tres judices, ea obtinebit, quæ est *y* favorabilior, Sententia arbitri non valet ipsa per se, ut sentẽtia judicis, sed ope compromissi

n l. & quis. 16. eod.
o l. 9. in fin. & 2. ll. seq. d. l. licet. eod.
p Arg. l. si quis rem. 30. eod.
q l. item si unus. §. 2. l. non distinguemus. §. cum in plures 13. eod.
r l. Pomponius. §. pen. & ult. junct. l. si feriatis. 36. eod.
s l. qualem. pr. & §. 1. d. l. non distinguemus. §. quæsitum. 16. vers. item Pedius. eod.
t l. quid tamen. pr & §. Pomponius. d. l. qualem. §. 1. l. labeo. 25. eod.
u Accurs. in l. 1. hoc tit. ait compromissa imitari judicia in omnibus, quæ specialiter nõ excipiuntur: idque apparere in principio, in medio, in fine. Atque ita etiam Damhoud. prax. civ. C. 203. n. 4. & C. 210. & utrobiq; Thulden. in annotat. ibid.
x Quod si non appareat, de quo loco actum sit, is locus continebitur, ubi compromissum est. l. quid tamen. §. si arbiter. 10. & seq. hoc tit.
y l. dicta proferre. §. 3. hoc tit. junct. l. inter pares. 38. de re jud.

duntaxat, nisi ea intervenerint, de quibus cautum est constitutionibus Justiniani. Illi, sive æqua sit sive iniqua, z standum: ab hac, si iniqua est, appellari *a* potest. Quod igitur à Paulo dictum est, compromissum ad similitudinem judiciorum redigi, sic accipiemus, quasi dixisset, nō paucis in rebus compromissum comparari ordinariæ actioni. Maximè autem ad finem & exitum judicii pertinet: quia ut judicio, sic etiā compromisso, genere quodam judicii compēdiosiore. lites finiuntur.

Quæ de arbitratoribus *b* interpretes tradunt, aliena esse existimo à ratione juris civilis. quippe cum arbitrator non ut judex adhibeatur ad controversiam aliquam sententia sua decidendam, sed ut nudus mediator interveniat in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emtione pretium, in locatione merces in arbitrium *c* certæ personæ puta L. Titii, conferatur: qui si id statuerit, quod manifestè iniquum est, ad arbitrium boni viri res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi *d* potest. Sanè ad hos edictum prætoris non pertinet.

z d. l. diem. §. 2. sanè, quamvis à sententia arbitri appellari non potest: tamen si lata sit per sordes & inimicitiam, de ex exceptione victo succurritur. l. 32. §. 14. hoc tit. Hinc usu recepta reductio, de qua Gail. 1. obs. 149. & seq. Ferrar. in forma libel quo ag. ad pœn. ex comprom. ubi nec reductio peti. Merula noster. 4. dist. 2. tit. 4. c. 1.

a Et si expressò contra jus lata est, nulla est. l. 19. de appell.

Anchora de prora jacitor, stent littero puppes.

Quid si sententia arbitri παράνομος sit? quidam putant nihilominus valere: quod exemplo perniciosum admittere. vid. Costal. ad d. l. diem. & ad l. societatem. 76. pro soc. Dambond. C. 213. n. 2. & ibi Thuld. in not. lit. C. Bachov hoc tit. C. 6. n. 4. b *Interpp. duo genera arbitrorum faciunt; arbitros: & arbitratores. per d. l. 76. pro soc. quorum illi tanquam judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex æquo & bono componant. vid. Gail. 1. obs. [ ] Sed totum hoc commentitium est: quod & jam olim Iacob. animadvertit, teste Bart. in d. l. 76. ex recentiorib. Coras docuit. 4. misc. 18. & novissimè solidè cōfirmavit Bachov. ad hunc tit C. n. 2.* c *l. 75. cum seqq. pro soc. l. ult. C. de cont. emt. l. 25. loc. aut modus restituendi. l. 43. de verb. obl. vel legati quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio. l. 1. de leg. 2. l. ult. §. 1. C. com. de leg. l. 6. ff. de cond. & dem. Nullus autem locus dari potest, quo aliqua lis decisa arbitratoris interventu dicatur.* d *Per ordinariam sc. actionem vel exceptionem. d. l. societatem. l. in proposita. 78. pro soc. etiam in contractibus stricti juris. l. si libertus. 30. de op. lib. l. 1. §. 1. de leg. 2. Don. ad d. l. 43. de V. O n. 16. Bachov. d. loc. ut frustra disputent DD. ad d. l. societatem. vers. arbitriorum, quis judex hic pro reductione adeundus.*

F I N I S.

ARNOL-

ARNOLDI VINNII JC. DE JURISDICTIONE ET IMPERIO TRACTATUS.

Caput I.
De imperio mero.

SUMMARIUM.

1 *Partitionem Jurisdictionis in civilem & criminalem à Romani Iuris usu alienam videri.*
2 *Docendi tamen gratia tolerari posse.*
3 *Cur potestas cognoscendi de causis civilibus sola nomen jurisdictionis habeat.*
4 *Merum imperium cur sic dictum.*
5 *Quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat.*
6 *An condemnatio ad perpetuos carceres sit meri imperii.*
7 *Merum imperium quatenus & quando ad bruta quoq; animalia extendatur.*
8 *Quatenus & quando ad noxiorum hominum cadavera.*
9 *Appellatione meri imperii etiam cognitionem criminum contineri.*
10 *Censura scripti cujusdam anonymi.*

Scripturus de jurisdictione, deque mero ac mixto imperio, cujus argumenti cognitio ad intelligentiam magnæ partis juris civilis Romanorum in primis necessaria est, non putavi operæ pretium rem à primordiis urbis ipsaque origine repetere, quod & nimis longum foret, & fortassis etiam tædium pareret legentibus: sed satis abundeque desiderio studiosorum me facturum esse duxi, quamvis intra septa juris Justinianici me contineam, dummodo subinde, ubi opus erit transiliam, id est ubi rei, de qua agetur, explicatio erit arcessenda è longinquiori.

1 Interpretes nostri appellatione jurisdictionis in genere sumptæ etiam imperium, quod merum dicitur, complectuntur; atque jurisdictionem dividunt in civilem & criminalem: aut barbarè in bassam & altam, quæ posterior in libris juris civilis merum imperium appellatur. In consuetudinibus Burgundiæ & aliorum locorum hæc identidem occurrunt, *haulte & basse Iurisdiction*, *hooge en laege Iurisdictie*, quarum prior Belgicè etiam *Halsheerlickheyt* dicitur. Cæterum hoc à Romani juris usu alienum esse reor; quippe quo imperium, quod merum appellant, ut species opposita, expressim à jurisdictione separatur, cui contra cohærere & inesse dicitur imperium mixtum *l.1. §.1. ff. de offic. ejus cui mand. l.3. ff. hoc tit. de jurisd.* Marcus quoque Tullius in *orat. pro l. Muran.* potestatem juris dicundi disertè opponit quæstioni, hoc est mero imperio, uti hoc explicat *Carol. Sigonius de antiq. jur. provinc. cap.7.* Nibil juvat interpretes, quod Papinianus in

in *d. l. 1. pr. de offic. ejus*, &c. scribit, errare magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem, jurisdictionem suam mandant: nam ut patet ex §. 1. *d. l. 1.* illud tantum verbis istius significare jurisconsultus voluit, errare magistratus, qui putant mandata jurisdictione, imperium quoque merum, quod præter jurisdictionem beneficio legis habent, transire. Sed nec illud interpretum sententiæ patrocinatur, quod apud Ulpianum *l. 7. §. ult. de offic. proconf.* scriptum est, proconsulem habere plenissimam jurisdictionem. etsi enim proconsul merum quoque imperium in provincia habuit: tamen falsò existimant Ulpianum appellatione plenissimæ jurisdictionis intellexisse etiam merum imperium. Ait proconsulem habuisse plenissimam jurisdictionem, nempe in causis civilibus: sic enim loquitur jurisconsultus, respiciens ad magistratus urbanos, qui plenam jurisdictionem non habebant. Quippe Romæ jurisdictio in multos magistratus diffusa fuit. *l. 2. §. ergo. 34. de orig. jur.* quorum omnium partibus proconsul in provincia fungebatur, salva magistratibus inferioribus sua in municipiis jurisdictione; nec ordinariorum tantum, sed etiam extraordinariorum, id est, qui de certis causis extra ordinem in urbe jus dicebant, quo in numero erant præfectus vigilum, & præfectus annonæ. *d. l. 2. §. & hac omnia. 33. de orig. jur. l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* & ita jurisconsultus hoc ipse explicat.

2 Equidem non inficior, si vim verbi spectemus, potestatem cognoscendi & judicandi de causis criminalibus jurisdictionem appellari posse, cum in confesso sit etiam de his jus dici. Pomponius *l. 2. §. & quia. 23. de orig. jur. De capite civis Romani injussu populi non erat lege permissum consulibus jus dicere.* Sic apud Suetonium legimus Julium Cæsarem de repetundis, Augustum de parricidio, Claudium de majori fraude jus dixisse. Ac proinde docendi causa communem illam Doctorum distributionem tolerari posse, ut verba accipiantur eodem sensu, quo judicium aliud civile, aliud criminale dicitur. Cæterum in multis non idem semper verborum & verbalium usus est; exempli causa, verba, *pacisci, transigere, agere, conferre, conducere* &c. latiorem habere significationem constat, quam verbalia *pactum*, *transactio*, *actio*, *collatio*, *conductio*; & præstat nos sequi usum auctorum juris.

3 Cur autem potestas de causis civilibus cognoscendi sola nomen jurisdictionis acceperit, ejus rei hanc esse rationem arbitror, quod olim magistratus urbani, penes quos dicebatur esse jurisdictio, tantum de causis civilibus cognoscebant, potestatem autem cognoscendi de criminibus, præsertim de capite civis Romani, populus sibi reservabat, eamque vel exercebat ipse, vel aliis exercendam in causis singulis mandabat: de quo fusius differemus paulo post.

4 Separemus itaque primum à jurisdictione imperium, quod dicitur merum, & interdum κατ' ἐξοχὴν absolutè potestas. *l. 3. hoc tit.* Merum imperium sic dici existimo cum Goveano in *d. l. 3. n. 10. Donell. lib. 17. com. 8. Duar. 1. disp. 53.* quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens: oppositivè nimirum ad imperium, quod nostri mixtum, &

non

non merum appellant; quod scil. jurisdictioni cohæret, subservit, inest, *l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. de offic. ejus & c. d. l. 3. hoc tit.* Scimus enim merum proprie dici de eo, quod purum est, & solum, ut in vino, quod aqua non est dilutum. Sic dicimus merum jus gentium, quod non est mixtum cum præceptis civilibus, *l. bona. 11. pr. depos.* merum prætoris officium, id est, solum *l. 5. de verb. obl.* merum factum. *l. qui res. 98. §. mihi Roma. 6. de solut.* quod alibi *nudum. l. in conventionalibus. 52. §. 1. de verb. oblig.* mera conditio in dando, mera conditio in faciendo, ad differentiam mixtæ ex utraque. *l. cum servus. 82. vers. sed nos neque. de cond. & dem.* mera donatio. *l. Aquilius. 27. de donat.* id est, pura & simplex, & similia.

5 Merum imperium sic à parte digniore describit Ulpianus *d. l. 3.* ut sit habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos: nimirum sub potestate gladii, ut tum temporis ferè solo gladio vita adimebatur. *l. 8. §. 1. ff. de pœn.* comprehendens etiam reliquos modos, quibus vita adimitur. Quod si huic descriptioni addideris vel alterius cujusque gravioris coercitionis, ex *l. nemo potest. 70. de reg. jur. l. 6. pr. ff. de offic. procons.* perfectior erit definitio. Nihil enim aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint summovè afficiendi supplicio, sive tollendi è numero civium metalli coërcitione, deportatione, exilio; sive relegandi, fustigandive: unde etiam tot gradus meri imperii rectè statuuntur, quod pœnarum in *l. capitalium. 28. ff. de pœn. Zas. ad d. l. 3. nu. 25. & seqq. hoc tit.* Sed nec pœnæ pecuniariæ a gradibus graviorum coërcitionum plane excludendæ, per *l. 4. ff. de interd. & releg. add. Pet. Fab. in l. nemo. 70. de reg. jur. Coras. 3. miscell. 17. Angel. Costal. Govean. Duar. in d. l. 3.*

6 De condemnatione ad perpetuos carceres quæsitum est, an & illa meri sit imperii. Respondeo, jure civili Romanorum hæc quæstio supervacua est: quia hoc jure carcer custodiæ, non pœnæ causa, ad continendos, non ad puniendos homines habetur. *l. 8. §. solent. 9. ff. de pœn.* licet custodia illa interdum verbo pœnæ significetur, ut in *l. 3. de cust. reor.* Imò expressè vetitum aliquem condemnari ad perpetuos carceres, *l. mandatu. 35. ff. de pœn. l. 6. C. eod.* Jure autem Canonico, quod mores hodierni sequuntur *Gudelin. de jur. noviss. lib. 6. c. 16. per eum ad C. tit. de pœn. n. 9.* id permissum est. *cap. 12. de hæretic. in 6. c. 3. de pœn. in 6.* hoc vero jure, quoniam pœna perpetui carceris proxima est ultimo supplicio, eam ad merum imperium pertinere dicendum est, speciemque esse gravioris coërcitionis, *add. Dambond. prax. crim. cap. 6.*

7 Exercitio meri imperii ad bruta quoque animalia extenditur; non tamen principaliter & directè, sed quatenus delictum hominis conjunctum, ad abolendam rei memoriam. *Levit. 20. c. mulier. caus. 15. quæst. 1.* & materialiter ratione ipsius facti, non formaliter; quoniam in bestias propriè nec delictum cadit. *l. 1. §. 2. si quadr. paup.* Quo pertinet, quod lex Divina *Exod. 21.* bovem, qui occidit hominem, lapidibus obrui jubet: quod magis fit, ne oculos hominum offendat conspectus istius bestiæ quam ut sit pœna. *Iohan. Selden. de jur. nat. & gent. l. 1. c. 4.* & denique in

pœnam hominis, ut cum bestiæ cum parricidis culeo insuuntur: quod tamen bestiarum respectu verè pœna non est, sed usus tantum dominii humani in bestias. *Grot. lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 21. n. 11.*

8 Extenditur & ad noxiorum hominum cadavera in enormi delicto. *Bart. & DD. in l. ult. ff. de sepulc. viol. & tit. de cadav. punit.* pœnæque rationem hoc habet, quatenus exemplo utile. Nam etsi nihil sentiunt mortui, satis tamen est id quod mortuis accidit, à vivis metui, ut hoc pacto à peccato retrahantur. *Vid. Grot. lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 19.* Cæterum secundum jus scriptum hic ita distinguendum videtur: aut pœna ante mortem inchoata est in reo, aut non est: priore casu pœna etiam perdurat in cadaveribus. Nam eorum, qui ultimo supplicio affecti sunt, cadavera non sepeliuntur, nisi & petitum & permissum fuerit. *l. 1. ff. de cadav. punit.* nec eorum, qui in insulam deportati sunt, cadavera licet inde transferre, *l. 2. d. tit.* Posteriore casu crimina morte extinguuntur. *l. 3. l. 6. de publ. jud. l. ult. ff. ad leg. Iul. majest. l. ex judiciorum. 20. ff. de accus.* Itaque hic pœna criminis post mortem rei inchoari nequit. Excipiuntur judicia majestatis & repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur. *d. l. 20. de accus. d. l. ult. ad leg. Iul. maj. l. ult. C. eod.* Et ex hac igitur causa etiam cadavera mortuorum ignominia affici possunt. Ratio est, quia cum pœnæ irrogandæ duplex sit causa, correctio delinquentis, & perterrefactio aliorum, cum pœna in exemplum irrogatur, licet prior cesset, altera tamen hic locum habet, quæ exemplo utilis. In praxi autem etiam ad alia atrocia scelera hoc tractum est. *Gomes. 3. resol. n. 78. & 79. Clar. lib. 5. §. fin quæst. 51. n. 15. Farinac. var. quæst. in quæst. 10. num. 77. & seqq. cum ibid. allegat.*

9 Illud notandum est, appellatione meri imperii non tantum contineri jus animadvertendi in reos criminum, sed etiam jus de causis criminalibus cognoscendi & judicandi, perperamque hæc à nonnullis separari, ut perspicuè apparet ex *l. 6. pr. de offic. procons.* ubi Jurisconsultus ait custodiarum audiendarum mandatum esse extraordinarium, id est, contra rationem juris ordinarii ex conniventia receptum: quia, inquit, nemo potest gladii potestatem sibi datam ad alium transferre. Et illi ipsi tantum, non alii, de criminibus cognoverunt, quibus jus coërcendi datum, præsides nimirum, proconsules; præfectus urbi, præfecti prætorio: ac proculdubio Ulpianus in *l. 3. hoc tit.* sub potestate animadvertendi etiam cognitionem comprehendit. Quod autem olim extra ordinem à proconsule legatis mandabatur, ut causas etiam criminales audirent, & reos præauditos ad se remitterent, qui aut innocentes liberaret, aut nocentes condemnaret puniretque, id quidem postea cœpit esse juris ordinarii, sed ex speciali concessione Constantini *l. un. C. de offic. procons.* ubi pars illa meri imperii, scilicet jus audiendi causas criminales etiam legatis proconsulum nominatim conceditur: nempe ut hoc etiam jus, postquam iis mandata est à proconsule jurisdictio, exercere queant: sicut & tutorem tunc dare possunt, quod & ipsum est ex speciali concessione. *l. pen. de offic. procons. l. 1. §. 1. de*

tut.

tut. dat. Nec obstat exemplum causarum civilium, in quibus cognitio & judicatio, tanquam nuda notio, separata est ab executione, quæ ad mixtum imperium pertinet; quasi & in criminalibus causis cognitio, tanquam notio quædam criminalis separanda sit ab executione, quæ sola sit meri imperii. Nam in causis civilibus imperium mixtum venit accessoriè, atque extrinsecus assumitur propter contumaces & nec obedientes sententiæ judicis: quippe in his causis jurisdictio tota posita est in cognitione & sententia, cujus tuendæ atque exequendæ gratia imperium mixtum comparatum est *l. ult.* §. 1. *de offic. ejus cui &c.* Criminalium vero causarum longe alia ratio est, utpote quæ sola sententiæ dictione terminari non possunt. nec crimina sine executione coërceri: unde tota criminalium causarum tractatio nomen sibi assumpsit meri imperii. Nuper mihi exhibitum est Anonymi cujusdam scriptum, cui titulus *De jurisdictione & imperio, adversus omnes interpretes:* non indoctum sane, sed in quo tamen nihil fere reperi eximium aut inauditum dignumve titulo tam fastuoso, nisi quod audacter asseverat neque publici judicii exercitionem, neque rei capitalis cognitionem, neque animadversionem sive sententiæ in facinorosos latæ executionem imperii meri appellatione significari, sed tantum simplicem animadvertendi potestatem. Quanta ingenia in occulto latent! Sed fortassis verba illa, *adversus omnes interpretes*, partem alteram ejusdem scripti respiciunt, *de factorum distinctione & natura, ad l. eadem dicemus. de verb. oblig.* qua forte in parte plura ἀπαιχειρευμένα atque interpretibus omnibus hactenus invisa in lucem profert. quod examinare non est hujus instituti.

Cap. II.

De iis, quæ præcipue circa merum imperium quærenda.

SUMMARIUM.

1 *Merum imperium qui olim habuerint ante & post quæstiones perpetuas constitutas.*
2 *Ordinem judicum in decurias descriptorum discretum fuisse à consilio centumvirali.*
3 *Prætorem non esse eundem, qui judex quæstionis.*
4 *Qui post Principem constitutum merum imperium habuerint, & n. 5. ubi quædam notabilia de præfectura urbana.*
6 *Non omnes, qui merum imperium habent, posse quasvis pœnas irrogare.*
7 *Officium & potestas præfecti prætorio ut tempore variaverit.*
8 *Apud nos quinam in municipiis aut agris merum imperium exerceant.*

Hoc cognito, quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat, tria adhuc potissimum quærenda, quinam illud imperium habeant; an ab eo, qui habet, alii mandari possit; & postremo, soline ei, qui summam in republica potestatem habet, jure proprio illud competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.

1 Olim nulli magistratui in urbe jus erat arbitrio suo in civem Romanum animadvertendi, sed populus hoc jus sibi reservarat, & ut quæque inciderent crimina, ita de iis aut ipse cognoscebat, aut aliis eam cognitionem mandabat, quod & aliquando à Senatu factum legimus. *Liv. lib.* 39. At post quæstiones perpetuas constitutas, quod factum esse Censorino & Ma-

nilio Coss. ait Cicero *Brut.* anno ab urbe condita 605. septuaginta annis ante quam Sylla tyrannidem Romæ exerceret, prætores ordinarii creati sunt, qui cum quæsitore & judicibus ex ordine equestri & senatorio selectis de causis criminalibus cognoscerent, de quibus non videbatur extra ordinem quærendum esse, ut de repetundis, ambitu, majestate, peculatu. Nam propterea quæstiones perpetuæ dicebantur, tum quod lege erat præscripta quædam forma perpetua judicii de his rebus exercendi, ut nova semper lege opus non esset; tum quod annuam provinciam de his quæstionibus exercendis illi prætores peragerent, non quemadmodum antea fieri solebat, cum ita casus tulisset, ut quærendum videretur, tum crearetur, qui quæreret statimque hoc absoluto judicio potestatem de eadem re quærendi non haberet. Quod si tum quoque aliquid accidisset, de quo extra ordinem primo quoque tempore propter criminis gravitatem aut novitatem quærendum videretur, ad populum ferebatur, ut quem vellet, de ea re quærere juberet: ac tum veteri more creabatur quæstor parricidii, sicut lege Pompeja extra ordinem populi suffragio creatus est quæstor L. Domitius Abenobarbus, qui de vi, cujus Milo postulabatur, quæreret.

2 Ordo autem ille judicum in decurias descriptorum, cujus modo facta mentio, discretus erat à consilio centumvirali. Nam centumviralia judicia non publica, sed privata erant, ut constat ex enumeratione causarum centumviralium apud Ciceronem *in Brut.* Scævola *l. Titia. 13. de in off. test.* querelam inofficiosi testamenti, Imperator *l. ult. C. de petit. hered.* petitionem hereditatis centumvirale judicium vocat. At apud selectos illos judices tantum quæstiones publicæ, id est, causæ publicorum judiciorum agitabantur: idque non in basilica, ubi centumviri judicabant. sed in foro. Prætoris hic non aliæ partes, quam ut eos judices cogeret, eorumque sortitionem & subsortitionem faceret ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat: reliqua, quæ ad causæ cognitionem pertinebant, absolvebat judex quæstionis sorte à prætore ex numero judicum creatus, qua cognita judices sententiam ferebant. Judex quæstionis Ciceroni quæsitor, Asconio Verrin. 3. princeps judicum dicitur.

3 Non erat igitur ipse prætor, ut putat Budæus in *l. ult. ff. de senat.* sed alius ab eo. In judicio Oppianici prætor erat C. Verres, judex quæstionis C. Junius: In judicio Cluentii prætor Q. Naso, quæsitor Q. Voconius. In judicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio, judex quæstionis Q. Curtius, ut indicat Cicero *in fin. 3. in Verr.* consulantur Carolus Sigonius, Nicolaus Gruchius, & alii antiquitatis periti scriptores. Enim vero etiam stante adhuc republica certum est merum imperium habuisse magistratus, qui cum fascibus & securibus in provincias mittebantur, veluti consules, proconsules, prætores, proprætores: atque id speciali lege his tribui solitum.

4 Constituto Principe in urbe animadversio criminum præfecto urbi cōcessa, & præsidibus in provinciis, in quas à Principe mittebantur, Atque omnino verisimile est, hos non speciali aliqua lege populi, sed ex ipsa creatione merum imperium habuisse. Quod autem ad proconsules attinet, quos senatus in provincias ubi populoque relictas mittebat, vetus ratio fortassis aliquamdiu

quamdiu adhuc mansit, ut speciatim de eorum imperio lex ferretur. Quid si dicamus de horum omnium magistratuum imperio semel legem aut constitutionem, promulgatam, quæ in creatione singulorum repetita censeretur? *Cabot. 2. disp. 7. Sup. Gentil. 3. de jurisd. 20. & 25.*

5 Igitur sub Principibus merum imperium Romæ habuit præfectus urbi. *l. 1. de offic. praf. urb.* prætores urbani non habuerunt; unde illa tutorum & curatorum, qui severiore animadversione indigebant ad præfecturam urbanam remissio. *l. 1. §. solent. 7. d. tit. l. 3. §. sed si. 15. ff. de suspect. tut.* Præfectus urbi olim pro regibus aut magistratibus juri dicundo constituebatur ad tempus, illis urbe profectis ad bellum, vel ad provincias suas. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solenne sacrum Latinarum feriarum rite perageretur, quod Varro numerat inter annales ferias *lib. 5. de Ling.* Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito *lib. 6. Annal.* Auxit deinde potestatem hujus magistratus Divus Severus, dataque præfecto cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, sed etiam in Italia usque ad centesimum ab urbe lapidem. *d. l. 1. de off. praf. urb.* Idem imperium in provinciis habuerunt præsides. *l. 6. §. pen. ff. de offic. præsid.* item proconsules. *l. 6. ff. de offic. procons.*

6 Cæterum hi non habuerunt potestatem pœnas quasvis irrogandi. Nam ecce præses provinciæ jus gladii habuit, & in metallum damnandi potestatem. *d. l. 6. §. pen. de offic. præsid.* deportandi tamen in insulam jus ei datum non est *l. 6. §. 1. ff. de interd. & releg. l. 1. §. 3. ff. de legat. 3.* De proconsule idem sentio: nam id genus pœnæ, ut speciale & in libera republica non usurpatum, principem sibi reservasse credibile est. Itaque argumentum à majori ad minus hic non procedit, ut notant Doctores in *l. non debet. 21. de reg. jur. Cujac. in l. notionem. 99. de verb. sig.* quoniam singula, quæ ad merum imperium pertinent, nisi specialiter concessa non competunt. *l. 1. de offic. ejus cui, &c.* Præfecto autem urbis nominatim ac specialiter jus quoque deportandi à Principe datum *l. 2. §. 1. ff. de pœn. d. l. 1. §. 4. de legat. 3.* Imperium merum, & quidem plenissimum habuerunt quoque præfecti prætorio. *d. l. 1. §. 4. de legat. 3.*

7 De officio præfecti prætorio, unde hujus magistratus initium & progressus, Arcadius Charisius in *l. un. de off. præfect. præt.* Videtur autē hic magistratus tempore posteriorum Imperatorum in officium plane civile degenerasse, cum ex institutione prima militare tantum fuerit, ut ex *Dione lib. 52. Sueton. in August. Arcadio d. l. un.* & aliis constat. Tanta vero auctoritas præfectorum prætorio fuit, ut à sententiis eorum provocare non liceret, solumque concederetur supplicatio *d. l. un. §. 1. l. un. C. de sent. præf. præt.* Itaque nunc recte præfecturas appellare possumus, quæ Galli *parlamenta*, curias nimirum supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, *cours souveraines, hoge Collegien van Justitie, daer van geen appel en valt, hoewel supplicatie,* aut, ut nunc loquimur, *revisie.*

8 Hodie in municipiis iidē fere magistratus, quorum est jurisdictio, etiam merum imperium habent: at in agris, *ten platte lande,* scabini jurisdictionem tantum habent, merum imperium exercent, qui nostratibus dicuntur

Welgeboorne mannen, hoc est, illi de causis civilibus duntaxat, hi de criminalibus cognoscunt. adde Simonem à Groeneweg. *tract. de ll abrog. ad l.3. C. de defensor. civit.*

CAP. III.

An meri imperii exercitio mandari possit.

SUMMARIUM.

1 *Meri imperii exercitionem mandari non posse.*

2 *Excipitur causa necessaria magistratus absentia: neque ea restringenda ad judicium legis Iuliæ de vi.*

3 *Malè nonnullos excipere & eum, cui princeps causæ criminalis executionem commisit: ubi de sententia l. un. C. qui pro sua jurisd.*

4 *An jure Can. imperium merum delegabile.*

5 *Reges Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ, Principes, Duces &c. Germaniæ habere imperium merum non tanquam sibi mandatum, sed à se & ut suum. Neque quo minus veri principes sint, impedire obligationem fidelitatis &c. & n. 6.*

7 *Quid in toparchis seu dominis territorii.*

1 NEminem posse jus gladii vel alterius coërcirionis sibi datum ad alium transferre, nec mandata jurisdictione imperium merum, quod lege datur, transire, tot locis & tam perspicue traditum est, ut mirum sit reperiri, qui contradicant. *l.1. pr. & §. 1. de offic. ejus cui mand. l.6 pr. de offic. procons. l. nemo potest. 70. de reg. jur.* Græci in *Basil.* τὸ δίκαιον ὅπερ ἔχει τις τοῦ τιμωρεῖσθαι καὶ ἑτέρους κολάζειν, οὐκ ἐστὶ μετάθετον ἄλλῳ.

2 Una exceptio est, si is, cui hujus imperii exercitio obtigit, necessario abesse cogatur. *d. l. 1. p.* Idem tamen Doctores communiter statuunt in causa infirmitatis tali, quæ impediat, quo minus magistratus officio suo fungatur. *Bart. & DD. in d. l. 3. h. t.* quod & rationem habet: parvique æstimo, quæ in contrarium afferuntur, nam & talis infirmitas pro absentia habenda: nec semper moram res patitur, imo plerumque non patitur. Cur vero magis hic negotium differendum, donec præses convalescat, quam in causa profectionis, donec redeat? Sunt qui hanc exceptionem restringunt ad judicium legis Juliæ de vi quia hujus solius in *d. l. 1*. meminit jurisconsultus. *Bronchorst. 1. assert. 16*. quod non placet: nam eadem ratione dicendum esset, nec regulam ad alia crimina pertinere. Et cur, non idem admittamus in causa adulterii, peculatus, repetundarum &c. aut si in his admittimus, cur non etiam in causa homicidii? An quia gravius puniuntur sicarii lege Cornelia, quam lege Julia alia illa crimina? Atqui vis publica non minus severe vindicatur lege Julia, quam homicidum lege Cornelia, ut patet ex collatione *l. 5. §. 2 l. qui dolo. §. ult. & l. seq. ad leg. Iul. de vi publ.* cum *l. 3 §. pen. ad leg. Corn. de sicar.* Non utor auctoritate *l. 1. §. abolitio. 8. ff. ad Sc. Turpill.* quia in plerisque codicibus illic non *præsens* sed *præses* legitur: quomodo etiam legendum existimo Nam falsum est quod à præsente, mox tamen profecturo, causæ meri imperii delegari non possunt. Utique enim cum præses justa ex causa abesse cogitur, eum plerumque present[illegible] ad[illegible]c, id est, antequam proficiscatur, hujusmodi causas mandare solitum, nemo opinor, cui datum est habere nasum, negaturus est.

3 Affe-

3 Afferunt & aliam exceptionem plerique interpretes. in eo scilicet, cui princeps specialiter causæ criminalis executionem commisit, *arg. l. un. C qui pro sua jurisd. & ibi Gloss. Bart. Bald. Cuman. Angel. Alexand. lib. 2 cons. 106. n. 20. Corn. cons. 34. colum. ult.* & alii, quos laudat & sequitur *Menoch lib. arb. jud. quæst. 54.* Sed perperam. quia constitutio ista utique restringenda est causas natura sua delegabiles, id est, civiles, argumento inscriptionis tituli. Et falluntur, qui putant hac explicatione admissa, fore, ut novæ istius constitutionis sive edicti ad præfectum prætorio missi promulgatio otiosa sit & supervacua: siquidem, ut textus ipse ostendit, præcipue pertinet constitutio ad magistratus delegantes causas non suæ jurisdictionis, cujusmodi delegatio vetatur. Excipitur autem delegatus à principe, cui soli hoc conceditur, ut etiam causas alienæ jurisdictionis, quarum cognitio ei mandata, delegare possit, & possit etiam personis alterius jurisdictionis. Itaque his verbis, *nullo personarum causarumve habito tractatu*, sub finem positis, hoc tantum significatur, posse delegatum principis causas quasvis (intellige civilles & delegabiles, quæ & ipsæ infinitæ & variæ) delegare, quamvis alienæ sint jurisdictionis &c. quod in principio constitutionis aliis denegatum erat. Ita ferme & olim *Alberic. in d. l. un n. 5. Salic. n 7. Castr. n. 9. post Cyn. Jac. de Aren. Oldrad.* Plures etiam citat *Gilken. in d. l. un. n. 3.* In legato proconsulis, quoniam is proconsuli tanquam vicarius à senatu ἐς βοήθειαν teste Appiano *lib. 1. de bell. civil.* adjungebatur, speciale fuit, atque extraordinarium, quod ei custodiarum cognitio mandari potuit. *l 6. pr. de offic. procons.* A Constantino autem jus audiendi causas criminales ei etiam nominatim datum *l unic. C. eod.*

4 Sunt, qui jure canonico imperium quoque merum delegabile esse censent. *Longoval. in repet. l. 3. hoc tit. part. 3. c. 4. Alexand. Costal. Bus. in l. 1. de offic. ejus cui mand.* sed nullum textum è jure isto proferunt, quo id aperte probetur. Dicitur quidem in *c. fin. ne cler. vel monach. secul. negot.* posse Episcopum aliumve prælatum temporalem jurisdictionem habentem delegare causas sanguinis, sed quis non videt hoc esse speciale, cum ipsis clericis causas hujusmodi agitare non liceat? quod & ibidem adjicitur. Sic magistratus quoque sæcularis causas hujusmodi delegare potest, cum ipse eas, propter absentiam aut morbum sonticum, expedire nequit. Illud quoque, quod ex *c. in archiepiscopatu. de raptor.* afferunt, proponi illic Regem Siciliæ causas criminales delegasse, qui tamen beneficiarius sit sedis Romanæ, *Clement. pastoralis. de sent. & re jud.* nihil est.

5 Nam Rex Siciliæ non habet merum imperium ab alio, ut illud nudi habent magistratus, sed à se tanquam princeps supremam in regno suo habens potestatem. Quamvis enim jure feudi Pontificem agnoscat; verus tamen Rex est, liber & monarcha in regno suo, omnia jura habens in subditos, quæ veris principibus conveniunt atque eis ex speciali privilegio reservantur. vide *Matth. afflict. q. 2. & 13. præfat. const. Neapol. Lud. Rodolfin. de Sabloneta tract. de orig. &c. ducum Italiæ. n. 62.* Denique non movet Clement. 1. §. 1. de hæret. Nam quod de crimine hæresis ibi constituitur, non facile trahendum ad alias causas; neque simpliciter & absolute illic dicitur

tales causas de egari posse; sed loquitur textus de delegato episcopi aut capituli sede vacante. *add. Covarr. 3. resol. 20. Fachin. 9. contr. 99.*

6 Similiter quod de Principibus, Ducibus & comitibus imperii Germanici, nec non de ducibus & principibus Italiæ affertur, non eos ipsos de causis criminalibus cognoscere, sed aliis harum rerum cognitionem mandare, ex eo non rectè colligitur, merum imperium posse hodie delegari. Nam principes isti non habent imperium merum, tanquam mandatum sibi, sed tanquam suum & proprium: neque enim sunt nudi magistratus, sed quasi reges in suis ditionibus jus regalium habentes, quo jure & magistratus creant: ac proinde nec rectè dixeris eos mandare merum imperium: non magis quam princeps Romanus olim dicebatur id mandare, cum præsidem creabat, *Scip. Gentil. lib. 3. de jurisd. c. 23. & 29.* Enim vero, quominus hi Principes sint, non impedit fidelitatis aut tributi alteri præstandi obligatio, dummodo jura majestatis habeant: nam feudum ceulsive præstatio non adimit iis supremam potestatem, quam in subditos habent, eamque continuo transfert in eum, qui jus feudi vel tributi habet: sed cum eo nihil habet commune. *Grot. 1. de jur. bell. c. 3. n. 21. & seqq. Odd. tract. de rest. in int. q. 9. n. 13. & 95. Farinac. lib. 1. quæst. comm. op. crim. q. 6. n. 7. Rodolf. de Sablon. d. tr. n. 116.* ubi ait Duces Italiæ immediate regiam potestatem, & jura regalia, merumque & mixtum imperium in suos subditos exercere. & *n. 67.* in suis ducatibus Imperatori & regibus exæquari. adde eundem *ibid. n. 18. & mu sic seqq.* Sic hodie licet Turcarum Imperator tributum à principe Transilvaniæ accipiat, nihil tamen juris in subditos ejus sibi vindicat. Regna Siciliæ, Aragoniæ feuda sunt sedis Romanæ: adeoque si Pontificiæ constitutioni credimus, ipsum quoque imperium Romanum, quale nunc est, ex fide Romani Pontificis pendet. *Clement. un. d jurejur.*

7 Postremo nec toparchæ seu domini territorii, quibus à Principe in feudum concessum est jus meri imperii *hoge jurisdictie ofs hals-heerlickheyt*, cum alios constituunt, qui vice sua de criminibus cognoscant (nam ipsi juris dicundi potestatem non accipiunt) non est ea tam simplex causarum criminalium delegatio, quam quædam magistratuum & judicum criminalium pro potestate à Principe accepta, creatio. Eos autem, qui nudi duntaxat magistratus sunt, verbi causa, Scabinos in oppidis, hodieque imperium quod habent, mandare aliis non posse satis notum est: atque ut nunc mores sunt, ne causarum quidem civilium cognitionem. consule *N. Burgund. ad consuet. Flandr. c. 9.*

Cap. IV.

Soline principi iisve, qui summam in repub. potestatem habent merum imperium jure proprio competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.

SUMMARIUM.

1 *Lothario sententia contra Azonem defensa.*
2 *In merum imperium sit jus vitæ ac necis, & an idem, quod summum [illegible]. 3*
4 *Afferitur via ad conciliandum [illegible] Lothario, Azonem. & n. 5.*

Hæc

HÆc quæstio olim agitata fuit Bononiæ abhinc annis fere quadringentis inter Azonem & Lotharium, maximi tunc nominis jurisconsultos, coram Imperatore Henrico Lucenburgensi Frederici Secundi filio. Uterque ex sponsione equum apud sequestrem deposuerat. Azo contendebat, non solum principẽ, verum etiam magistratus merum proprio jure habere imperium. Lotharius contra solum id jus habere principem: magistratus autem ex concessione nudum duntaxat ejus juris exercitium, jure ipso apud Principem remanente. Imperator auditis utriusque partis argumentis secundum Lotharium pronuntiavit. Quamvis autem hoc decretum Principis legis vim habere debuerit. *l.1.§.1. de constitut. princip.* tamen Doctores insequentes Azonis sententiam magis probaverunt, quasi Imperator non ex rei veritate, sed favore suæ causæ ita judicasset. Unde natum est illud vulgatum, Lotharius iniquum dixit, & equum abstulit: Azo æquum dixit & æquum perdidit. *Zaz. in l.3.n.36. hoc tit.*

1 Cæterum causam Lotharii rursus suscepit Alciatus *lib. 2. paradox. c. 6.* & post eum etiam recentiorum magnæ parti sententia Lotharii probabilior visa est; eamque & ipse veriorem esse existimo, utique si spectemus rationem juris civilis Romanorum. Etenim Principes Romani non tam ipsum jus meri imperii concedere soliti fuere, quam hujus juris usum atque exercitionem. *l. 1. ff. de off. ejus cui mand.* non ut hoc imperium haberet magistratus tanquam proprium & suo jure, uti suo jure habet jurisdictionem *l. 5. ff. hoc tit.* sed tanquam delegatum: quam ob causam nec aliis mandari ab eo, cui exercitio obtigerat, potuit. *d. l. 1. pr. & §. 1. de off. ejus cui.* quod utique licuisset, si id jure habuisset proprio, *arg. d. l. 5. hoc tit.* Non obstat, quod morte Principis non finitur merum imperium in persona ejus, cui id concessum. Nam Princeps jure regalium magistratus creat, neque ut hic Princeps, sed simpliciter ut Princeps, & tanquam lex quædam imperium iis defert atque exercendum mandat: alias certe morte mandantis extingueretur, sicut jurisdictio à magistratu mandata morte mandantis extinguitur. *l. 6. hoc tit.* lex autem non moritur.

2 Afferunt alii & hanc rationem, quod merum imperium sit jus vitæ ac necis; *Diod. Tulden. ad Cod. h. t. n. 1.* hoc autem non nisi ejus proprium esse, qui jura majestatis habet, sive illa jura sint apud unum, sive apud plures, sive apud universum populum. Curtius *lib. 4. Et cum in regali solio resedebis vitæ necisque omnium civium dominus.* Cujus potestatis insigne apud Romanos esset pugio sive gladius. Tacitus *lib. 3. histor. Vitellium solutum à Latere pugionem Cæcilio Simplici in concione reddidisse, tanquam jus vitæ & necis &c.* Cæterũ quoniam illi, qui principatum obtinent, ipsi vacare exercitioni meri imperii non semper possunt, ideo hoc exercitium cum causæ cognitione aliis delegari solitum. *arg. l. 2. §. exactis. 16. §. & quia. 23. de orig. jur.* Addunt porro & hoc, quod quemadmodũ solius principis est pœnam remittere. *l. 4. ff. de pœn. l. 1. & poss. C. de sent. pass.* August. *de fato; Imperatori soli licet revocare sententiam, & reum mortis absolvere, & ipsi ignoscere.* ita & solius Principis proprium sit punire. *arg. l. nemo. 27. de reg. jur.* Jam vero quia perraro accidit, ut nocentibus venia detur. ideo hoc jus principem sibi reservare,

 nec

nec ulli concedere; at contra, quia sontes plerumque puniuntur, idcirco jus animadvertendi certis magistratibus mandare solitum.

3 Verum ego hæc non usque adeo magni æstimo, imo falsum arbitror, quod ajunt imperium merum esse jus vitæ & necis. Nam qui magistratus merum imperium habent, nihil aliud habent, quam potestatem ad animadvertendum in facinorosos, & absolvendos innocentes: ac proinde quid jurisdictionale, separatum ab iis, quæ jura majestatis proprie dicuntur: at jus vitæ ac necis, damnatos morti eximere, pœnam remittere, pars est juris regii ac majestatis, quod summum imperium non merum, dicitur, neque cum alio communicatur.* quanquam interdum fit, ut cum jura majestatis apud plures sunt, potestas condonandi delicti tribuatur uni, sicut nostri Ordines id tribuerunt Principi Auriaco. Utique merum imperium cum summo confundi non debuit: non meri, sed summi imperii sunt, leges condere, magistratus creare, bellum inferre, pacem facere &c. nec puto apud ullum idoneum auctorem reperiri positum merum imperium pro summa in republica potestate.

4 Disputamus autem hic de more Romanis usitato, non de potestate Principis. Nemo enim est, qui nesciat posse Principem eumve, qui alio nomine summam reipub. tenet, non modo quoad usum nudumve exercitium alicui merum imperium concedere, verum etiam ita, ut illud tanquam proprio jure habeat, atque aliis quoque mandare queat. Quinimo potest Princeps alicui merum imperium concedere jure patrimonii, ita ut id etiam in bonis ejus reputetur, aliisque illud vendere & heredibus relinquere possit, sicut hodie jurisdictio etiam criminalis in feudum data patrimonialis est. Potest & ex contrario Princeps ea, quæ sunt jurisdictionis, & ad causarum civilium duntaxat cognitionem pertinent, sibi reservare: quemadmodum initio civitatis omnia manu à Regibus gubernabantur. *l.2.§.1.de orig jur. add.Burgund.d c. 9.*

5 Atque eo fortassis etiam respexit Azo, dum eum quidem solum, qui principatum in republica tenet, concedit habere jura majestatis, eaque soli sibi reservare: cæterum judicialia & jurisdictionalia cum his confundenda non esse contendit, cujus generis quoque sit merum imperium. Nam etsi omnium magistratuum potestas & jurisdictio à Principe tanquam à fonte promanat, tamen hæc diversimodè magistratibus concedi posse & solere, vel ut tanquam jure quodam proprio ea habeant, aliisque eadem mandare possint, quali jure olim jurisdictionem & jurisdictioni cohærens imperium Romani magistratus habuerunt: vel ut tanquam nudam exercitionem juris alieni, sine potestate alteri ea mandandi, ut olim cognitio & executio criminum, id est, merum imperium lege vel senatusconsulto delegebatur. *l. 1. de off. ejus*, &c. vel denique ut aliquis hæc habeat etiam jure patrimonii. Atque ita Azonis sententia indefinite citra considerationem juris Romani accepta, vera est.

CAP.

Cap. V.

De jurisdictione, quam vocant simplicem.

SUMMARIUM.

1 *Notionis verbum de causis omnibus promiscue prædicari, iisque etiam attribui, qui jurisdictione carent.*
2 *Jurisdictio nulla simplex, si consideretur in concreto.*
3 *Vocem jurisdictionis & stricte accipit & late, tum quæ qua significatione comprehendatur.*
4 *Specialiter concessa dici, & ea, quæ sub nomine officii tribuuntur.*
5 *Definitio jurisdictionis in genere acceptæ, cum accurata exegesi.*

NUnc de Jurisdictione videamus, prout ea vox in usu juris sumitur, mox etiam dicturi de imperio mixto, quod jurisdictioni cohæret: sed prius aliquid de verbo notionis dicendum est.

1 Notionis nomen latissimum est. nam & in civilibus causis & in criminalibus usurpatur. Prætoris notio esse dicitur, utrum actio danda, au denegenda sit. *l. ult. in fin de oblig. & act.* item cum de alimentis testamento relictis transactio interponitur. *l. 8. §. 1. de transact.* cum disceptatur utrum qui filius esse dicitur, in potestate sit, nec ne *l. 3. §. hoc autem. 3. de lib. exhib.* At in *l. 1. §. initio. 4. de offi. præfect. urb.* notio ad causas criminales & capitalem animadversionem refertur, & apud Hermogenianum in *l. ex omnibus. 10. ff. de offic. præs.* ad cognitionem causarum civilium & criminalium promiscuè. Sed & ad eos quoque refertur, qui neque imperium, neque jurisdictionem habent: nam Ulpianus in *l. notionem. 99. de verb. sign.* scribit notionem, sic accipi posse ut & jurisdictio & cognitio intelligatur, videlicet, sine jurisdictione, διάγνωσις ἄνευ δικαιοδοσίας, ac proinde cum auctor edicti de re judicata dixisset, *cujus de ea re jurisdictio est*, idem Ulpianus in *l. 5. de re jud.* melius, inquit, dixisset, cujus de ea re notio est. Etenim notionis nomen, ait, etiam ad eos pertinet, qui jurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem, nimirum nudam, id est, cognoscendi & judicandi potestatem duntaxat, sine jure sententiam, quam dixerunt, exequendi; qualis fuit judicum à magistratu datorum. *l. à Divo. 15. pr. ff. de re judic.* Itaque quamvis judices dari notionem habuerint, jurisdictionem tamen non habuerunt, quia sententiam suam non potuerunt exsequi *d. l. à Divo.*

2 Dices sententiam exequi non esse actum simplicis jurisdictionis, sed mixti imperii, quod jurisdictioni cohæret. Fateor. Sed nego ullam esse jurisdictionem simplicem, si eam in concreto consideremus, ut à magistratu habetur: quoniam nullus est magistratus sine imperio, cujus vi jurisdictionem suam tueatur, atque explicet. *l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus &c. l. 2. ff. hoc tit.* At si consideretur in abstracto, vix est, ut jurisdictio aut actus jurisdictionis discerni possit à nuda notione actuve nudæ notionis, quam judex pedaneus habet; utrique in causis jurisdictionis contentiosæ; excepto eo, quod judicem dare non nudæ notionis. sed jurisdictionis est. *l. 3. in fin. ff. hoc tit.* Ex his jam intelligere possumus notionem

& generis nomen esse, sub quo & jurisdictio comprehendatur, & speciei jurisdictioni oppositæ.

3 Jurisdictio duobus modis accipitur. Primo modo angustius & stricte pro ea potestate, quam quisque magistratus ex natura officii sui habet, sive propter eam ab initio creatus sit, sive eam obtineat more majorum. ut ecce, Prætor, initio constitutus est ad hoc, ut de causis privatis inter civili judicio contentes jus dicat: more hoc ei concessum, ut privata judicare jubeat. Proprie igitur dicitur prætori competere vi jurisdictionis suæ, sive, quod idem valet, jure sui magistratus, & more majorum, ut privata judicet, aut judicare jubeat. Secundo modo paulo latius, ut ea quoque comprehendat, quæ ad jurisdictionem magistratus proprie & more majorum non pertinent, aut ad id, propter quod initio creatus est, sed specialiter magistratui postea sunt concessa; utpote qua concessione, tanquam accessione quadam novæ auctoritatis, jus officiumque magistratus, & jurisdictio ejus plenior facta sit atque auctior: cujusmodi verbi causa jus est tutoris dandi potestas, quam Ulpianus *l. muto. 6. §. 2. ff. de tutel.* negat esse jurisdictionis; nempe stricte & proprie acceptæ, veræ & germanæ: quia tale jus non est ex eorum genere, quæ vi jurisdictionis suæ aut more majorum magistratus habet, sed quæ specialiter magistratibus quibusdam lege, vel senatusconsulto, aut à Principe data sunt: & quæ nisi nominatim tributa essent, magistratui non competerent. Recte tamen dixeris jus dandi tutores pertinere ad officium & jurisdictionem ejus, cui hoc concessum est, idque eum habere jure sui magistratus, si vocem jurisdictionis & juris magistratus paulo latius, ut diximus, accipias, nempe pro eo etiam jure, quod ex adventitia illa & speciali potestate magistratui competit, sive jure extraordinario. *arg. l. 1. ff. hoc tit. l. 8. §. sed nec. 18. ff. de transactionib. l. 3. de postul. l. 3. §. sed etsi. 5. ff. judic. solv. §. sed hoc jure. 4. Inst. de Attil. tut.* Græci in *Basilic:* ὁ ἔχων δικαιοδοσίαν, καὶ διαγνωστικὴν δίδωσι, καὶ εἰς νομὴν πέμπει, καὶ ἐπιτρόπους καὶ δικαστὰς δίδωσιν. De similibus idem judicium esto. Mire in hujus rei explicatione variant *DD. in l. 1. hoc tit. in d. l. 6. §. 2. de tutel. & d. §. 4. Instit. de Attil. tut. Don. 7. comm. 2. Coras. 5. misc. 24. Bellon. 1. supput. 2. Muscorn. tract. de jurisd. n. 167. Scip. Gentil. lib. 1. de jurisd. ad orat. D. Marci. c. 1.*

4 Illud hic observandum est, lege aut senatusconsulto concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta prætori, præsidi &c. *l. 1. l. 3. ff. de tut. dat. ab his.* Hodie tutoris dationem esse jurisdictionis ordinariæ notant, *Mynś. ad §. nos autem. 5. Inst. de Attil. tut. n. 11. & Vult. ad eund. tit. n. 10.* certe eandem fere, quam olim præsides, nunc ordinarii judices potestatem habent. In plerisque civitatibus etiam proprios nunc habent pupilli defensores, quibus jus dandi tutores specialiter concessum est. *Grot. lib. 1. introduct. c. 7. Argentr. ad consuet. Brit. art. 458. gloss. 2.*

5 In latiore autem illa significatione acceptæ jurisdictio sic describatur. Jurisdictio est potestas juris dicundi in causa civili publicè data aut permissa.

ſa. His definitionis verbis, *juris dicundi in cauſa civili*, ſignificatur quidem eſſe ex adverſo poteſtatem quandam juris dicundi in cauſis criminalibus: cæterum in uſu juris nunquam ea poteſtas juriſdictio appellatur, ſed perpetuo ſeparatur à juriſdictione, unde & nomen ei meri imperii; neque inſolens eſt, ut verbis alicujus latior ſit uſus, quam verbalis, ut ſupra demonſtravimus. Sub cauſis civilibus comprehendimus etiam actus voluntariæ juriſdictionis, veluti emancipationem, adoptionem &c. Verbo *juris dicundi* excluditur, notio pedaneorum judicum, quorum miniſterio magiſtratus in judicando utebantur unum aliquem actum iis committentes præſcriptâ formulâ, quam ſequerentur, & reſervatâ ſibi poteſtate exequendi. *l.* 5. *l. à Divo.* 15. *ff. de re judic.* Nimirum cum judices pedanei de facti veritate duntaxat cognoſcant & inquirant, juris autem definitionem ex formula præſcripta mutuentur, vix eſt, ut ipſi jus dicere videantur. Et alias quoque multum intereſt inter ius dicere & iudicare. Separantur hæc in *l.* 4. *§.* 1. *ff. de interrog. in jur. fac. & tit. C. ne quis in ſu a ca. judic. vel jus dicat.* Pater in cauſa filii jus dicere prohibetur. *l.* 10. *ff. hoc tit.* iudicare non item. *l. in privatis.* 77. *cum l. ſeq. ff. de judic.* quamvis ſi iudex datus ſit, recuſari à parte adverſa poſſit. *Duar.* 1. *diſp.* 51. *D. Tulden. ad C. ne quis in ſua cauſ. n.* 1. Poſtremo ſæpe ius dicitur etiam non interveniente ſententia, ut in iis, quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, puta adoptionibus, manumiſſionibus, bonorum poſſeſſione danda &c. Aio *publice data*, ut hinc removeatur poteſtas arbitrorum ad quos ex compromiſſo itur, quæ non publica, ſed privata eſt: quamobrem nec actio, nec exceptio ex eorum ſententia naſcitur, de quo forte alias dabitur dicendi occaſio. Adde *aut permiſſa*, ut comprehendam etiam iuriſdictionẽ mandatam, quæ immediate iure publico non datur, ſed permittitur conceſſa ab iis, qui iuriſdictionem directo acceperunt à populo, aut Principe. *l.* 6. *ff. hoc tit.* eodem fere ſenſu, quo tutela teſtamentaria & Attiliana iure civili permiſſa dicitur, legitima data *l.* 1. *ff. de tutel.* eademque propemodum ratione prorogata quoque iuriſdictio definitione continebitur. Atque hæc iuriſdictionis in genere ſumptæ definitio, ut eſt ſimpliciſſima, ita mihi & optima ac pleniſſima videtur, ut pote ſpecies omnes, nulla excepta, comprehendens. Aliorum definitiones, quas magnam partem videre eſt apud *Enuclea. Don. lib.* 17. *comm.* 7. *lit. F.* nequaquam tam accuratæ. Illa autem Cuiacii *parat. C. de juriſd. Iuriſdictio eſt notio, quæ jure magiſtratui competit*; qua nullam meliorem ſe compoſuiſſe ſcribit, ſoli convenit ordinariæ.

CAP. VI.

De juriſdictione ordinaria, & extraordinaria, contentioſa & voluntaria.

SUMMARIUM.

1 *Ordinariæ juriſdictionis quæ ſint.*
2 *Quæ juriſdictionis extraordinariæ,*
3 *Tutoris datio quo referenda.*
4 *Quo judicis dandi licentia.*
5 *Contentioſæ juriſdictio quid, & quæ eo pertineant.*
6 *Iuriſdictio voluntaria; & quæ ad eam referenda.*
7 *Quatenus admittendam, quod vulgo ajũt, actus juriſdictionis voluntariæ etiam extra territorium jus dicentis exerceri poſſe.*

Poterit igitur secundum ea, quæ supra diximus, primum hoc modo dividi jurisdictio, ut alia sit ordinaria, quæ jure ordinario & more à majoribus recepto magistratui competit: alia extraordinaria, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis, non jure ordinario.

1 Prioris generis sunt omnia; quæ jurisdictionis sunt contentiosæ: quo etiam quodammodo pertinet missio in possessionem, facit. *arg. in l.4.§.1. de off. ejus &c.* Bonorum possessionem dare voluntariæ jurisdictionis est, & tamen ad hoc idem genus pertinet *arg d. l.4. §.1* videturque species esse jurisdictionis ampliatæ jure magistratus à prætore, ut & restituere in integrum.

2 Posterioris generis sunt cognitio super alienatione prædiorum minoris, per *l.2.§.1.d.tit l.1.de reb.eor.qui sub tut.* cognitio super transactione de alimentis testamento relictis. *l.8.pr. & §. sed nec.18. ff. de transact.* super manumissione à minore 20. annis facienda, quam causam prætor de consilii sententia examinabat ex lege Ælia Sentia. *§.4. Inst. qui & ex quib. caus. manum* Eoque pertinet, quod Ulpianus in *l.2.pr de offi. ejus.* ait eum, cui mandata est jurisdictio, non posse exercere consilium. item cognitio, quam ex senatusconsulto prætor habet, si à familia dominus occisus esse dicatur. *l.1. in fin. pr. de offic. ejus.*

3 Huc item referenda est tutoris datio, per *l 8. ff. de tut. dat.* quam hoc respectu jurisconsultus negat esse jurisdictionis *l.6.§.2. ff. de tutel.* nimirũ in specie acceptæ & ordinariæ; quemadmodum Pomponius in *l.2. §. hæc omnia.33. de orig. jur.* cum præfectum vigilum & annonæ negat esse magistratus, vocem magistratus ad ordinarios statos, & legitimos contrahit, uti & Ulpianus *l.7.§. ult. de offic procons.* ab aliis enim, Fenestella, Cassiodoro, in numero magistratuum recensentur.

4 Judicis dandi licentia in provinciis extraordinariæ, Romæ ordinariæ jurisdictionis fuisse videtur, *arg. l. cum prætor. 12.§.1. de judic.* ubi Paulus scribit, judicis dandi potestatem more concessam esse magistratibus Romæ: lege autem datam proconsuli: ex eo enim mihi videor evincere, potestates provinciales non nisi legis beneficio judicem dare potuisse. ex quo porro & illud sequitur, legatos proconsulum, quos & ipsos, mandata sibi à proconsule jurisdictione, judicem dare potuisse ibidem legimus, id jus beneficio quoque legis potius, quam vi mandatæ jurisdictionis habuisse; adde quæ nos infra *c.18.n.12.* Magistratus municipales etsi jurisdictionem aliquam habent, nusquam tamen legimus eos judicis dandi licentiam aut jure magistratus sui habuisse, aut à lege accepisse.

5 Secundo distribui potest jurisdictio in contentiosam & voluntariam: cujus distributionis fundamentum est in *l.2. de offic. procons. & leg.* Contentiosa jurisdictio est, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contendentes. Ad hanc pertinent actiones omnes, & quæ actionis instar habent, ut stipulationes prætoriæ, missio in possessionem; tum quæ ad judicium exercendum pertinent, ut judicis dandi licentia. *l.1. l.3. l.4. ff hoc tit. l. actionis 37. ff. de oblig. & act.* Atque hæc jurisdictionis species maxime proprie appellatione jurisdictionis continetur, deque ea potissimum agitur in *ff. & Cod. hoc tit.*

6 Volun-

6 Voluntaria jurisdictio est, quæ exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Eorum autem, quæ ad hanc jurisdictionem pertinent quædam præter approbationem & auctoritatem magistratus nihil desiderant: cujus generis sunt adoptio, manumissio, liberorum emancipatio; quæ proinde etiam de plano transigi possunt. *d.l.2.de offic.procons.* §.2. *Inst de libertin.* quædam etiam causæ cognitionem & decretum magistratus, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, manumissio à minore 20. annis facienda, adrogatio impuberis. *l.*8. §. 8. *ff. de transact. l.*1. *ff. de reb. eor. qui sub. tut.* §. 4. *Inst. qui & ex quib. ca. man. l. si paterfam.*15. §.2, *l.nec ei.*17. *per tot. ff. de adopt.* §.3. *Inst. de adopt.* Pertinet denique huc etiam decretalis bonorum possessio, per *l.*2.§.1.*ff. quis ord. in poss. serv.* qualis sua natura Carboniana, & omnes extraordinariæ *l.*1. *& pass. de Carbon. edict. l.*84. *de acq her. l.*14.§. *ult. de bon. poss. cont. tab.* Tutoris datio intermedium quoddam genus jurisdictionis est, quod quidem sine judicii contentione exercetur, sed tamen in invitos: quia publicum tutela munus est. *pr. inst. de excus. tut.* Ad prius autem genus recte vulgo referunt bonorum possessionem edictalem, insinuationes testamentorum & donationum, quæ summam quingentorum aureorum excedunt, aperturam tabularum & testamentorum, Legitimatio autem vereor ut ad jurisdictionalia referri possit: & utique hoc jus est ex reservatis Principum.

7 Interpretes hanc differentiam inter exercitium actuum utriusque jurisdictionis observandam tradunt, quod quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, etiam extra territorium jus dicentis exerceri possunt. *arg. l.*2. *ff. de offic. proconf.* contentiosa autem jurisdictio extra provinciam explicari nequeat. *l. ult. ff. hoc tit.* Cæterum hæc distinctio ad omnes actus voluntariæ jurisdictionis non pertinet: utique non ad eos, qui causæ cognitionem desiderant: nec ad alios fere, quam ad hosce tres, adoptionem, manumissionem, & emancipationem. Atqui hi actus in specie dicuntur actiones legis, eo quod exerceri non potuerunt nisi apud eum, penes quem erat legis actio. *l.* 3. *ff. de offic. procons. l.* 1. *ff. de offic. jurid. l.* 1. *C. de adopt. Paulus lib.* 2. *sent.* 25. ubi scribit etiam apud magistratus municipales adoptari & manumitti posse; si habeant legis actionem, id est, apud duumviros, quibus data est legis actio. Apud defensores insinuari poterant testamenta & donationes. *Nov.* 15. *c.* 3.

CAP. VII.

De mixto imperio.

SUMMARIUM.

1 *Mixtum imperium quid sit, unde sic dictū, & an pars jurisdictionis.*

2 *Cur hoc imperium jungi jurisdictioni necesse.*

3 *Actus jurisdictionis & imperii revera esse diversos.*

4 *Præcedere semper actum jurisdictionis, sequi actum imperii, si opus sit.*

5 *Bonorum possessionem dare sitne actus jurisdictionis, an imperii, & n.6. & 7.*

8 *Ad l.3. ff. hoc tit.*

9 *Iubere cavere prætoria stipulatione & in posses-*

possessionem mittere, jurisdictioni, an mixto imperio adscribenda.

10 *Explicatio l. 4. ff. h. t. junct. l. 28. ad Munic.*

11 *Restituere in integrum, cognoscere de suspectis tutoribus, jurisdictionis esse, non mixti imperii.*

12 *Divisionem imperii mixti in id, quod jurisdictioni inest, & id, cui insit jurisdictio, commentitiam esse.*

13 *Quicunque jurisdictionem habent, etiam mixtum habere imperium.*

NUnc tempus est, ut de eo genere imperii loquamur, quod mixtum nostris appellatur: Mixtum imperium est potestas cohærens jurisdictioni, comparata ad eam, tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum, propterea quod conjunctum est cum jurisdictione, eique cohæret & inest. *l. 3. ff. hoc tit. l. 1. in fin. ff. de offic. ejus &c.* Alias appellatur imperium non merum. *l. ult. §. 1. d. tit.* quia meri appellatio nulli mixto convenit. Hoc autem imperium, & jurisdictio licet ratione personæ, cui competunt, ita inter se conjuncta sint, ut alterum sine altero esse non possit: tamen ut nominibus sunt distincta, ita & re ipsa diversa sunt; id quod ex eo manifestum est, tum quod mandata jurisdictione hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis, eique perpetuo cohærens. *d. l. 1 fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus.* tum quod definitur modica coërcitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur atque explicat. *d. l. ult. §. 1.* ut non tam pars sit jurisdictionis, quam adjunctum inseparabile; quanquam hoc sensu dici potest, unum quoddam cum jurisdictione compositum constituere.

2 Dicitur autem modica coërcitio oppositive ad gravem animadversionem, in qua consistit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium, & nec obedientium sententiis & decretis magistratuum in causis civilibus necesse fuit portionem aliquam quasi de imperio decerpere & jungere jurisdictioni, ut magistratus hac potestate armatus jurisdictionem suam defendere, & quæ vi jurisdictionis suæ statuit ac decrevit, executioni mandare possit, cæteraque facere, sine quibus jurisdictio foret elusoria.

3 Licet igitur imperium hoc conjunctum atque unitum sit cum jurisdictione, re vera tamen, uti diximus, diversa sunt, atque actus jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio; neque quod imperii, jurisdictioni tribui debeat. Causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jubere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus aut indicta multa, imperii, non jurisdictionis. Jubere in carcerem ire in causa pecuniaria mixti quoque imperii est *per l. 2. ff. de in jus voc.* & recte *Scip. Gentil. lib. 3. de jurisd. c. 10. post Zas. in l. 3. ff. hoc tit. n. 47.* notat quarundam coërcitionum species mixto & mero imperio esse communes; qualis item est multæ dictio.

4 Et præcedit igitur actus jurisdictionis, quem sequitur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Si paretur, subsistit mixtum imperium in nuda potentia & actu primo. Hæc sententia uti simplicissima, ita & verissima est, licet paucos auctores habeat, & præter Goveanum, Longovallium, Ant. Fabium *lib. 4. conject. 4.* Bachovium

vium *ad hunc tit.* fere neminem. In tantum ut cæteri juris magistri, qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, passim imprudentes sibi contradicant, dum ajunt imperium mixtum esse coërcitionem cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, & illud positum esse in executione atque expeditione, *vid. Coras. 3. misc. 17. Duar. de jurisd. cap. 7. Don. 17. comm. 6. Vaud. 2. quæst. 35. Fachin. 2. contr. 95.* Inter alios Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisd. c. 3.* sic scribit. *Si consideramus materiam circa quam jurisdictio & imperium mixtum non differunt: utrumque enim pertinet ad causas civiles & pecuniarias. Quod si non res, sed vim ipsam atque naturam jurisdictionis & imperii mixti spectamus, jurisdictionem esse dicemus, jus cognoscendi & statuendi de causis civilibus; mixtum vero imperium, potestatem, quæ jurisdictioni cohæret, ejus tuendæ atque exequendæ gratia.*

5 Hinc jam judicare licet, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, jurisdictioni adscribenda sint, an imperio mixto. Non possunt adscribi imperio. Nam, ut de datione bonorum possessionis primum dicam, quis actus jurisdictionis hic præcedit, quem bonorum possessionem dando prætor defendat? quem coërcet? cui multam dicit? Si cognitionem aliquam dicas præcedere, nulla est sententia, quam non præcedat cognitio; nemo autem unquam dixit, mixti imperii esse pronuntiare sententiam, eum, à quo quid petitur, absolvere aut condemnare. Et alioqui etiam pedaneis judicibus, quos constat jurisdictionem non habere, tribuemus partem imperii, jurisdictioni perpetuo annexam, & remotam à nuda notione, quam solam judices pedanei habent. Relinquitur ergo, ut dicamus bonorum possessionem dare non imperii, sed jurisdictionis esse.

6 Hoc ipsum & ex eo quoque perspicuum est, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione versatur, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano *in pr. inst. de bon. poss.* Correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, sed à jurisdictione prætoris veniunt, unde edicta omnia. *§. prætorum. Inst. de jur. nat. gent. l. 7. §. 1. ff. de just. & jur.*

7 Sic igitur omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum dat possessionem, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, quod requiritur in ea, quæ decretalis dicitur. *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse alicujus imperii, sed intra terminos jurisdictionis consistere. Quod si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, jam prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coërcebit obnitentes. *Facit l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.*

8 Sed obstat nobis locus Ulpiani in *l. 3. ff. hoc tit.* ubi diserte Jurisconsultus ait, bonorum possessionem, dare esse mixti imperii: sic enim scribit, *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Respondeo me non dubitare, quin lectio istius loci vitiosa sit, & vel cum Antonio Goveano legendum & distinguendum hoc modo; *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest.*

inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. nihil enim tam frequens est, quam iterati verbi omissio: aut cum Antonio Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro *quod* substituendum *quæ*, ad hunc modum, *cui jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Utique verba sequentia, *Jurisdictio est etiam &c.* ostendunt prius à Jurisconsulto prolatum fuisse exemplum jurisdictionis, non imperii: potuitque facile nasci error ex utriusque syllabæ & notæ similitudine. Hanc mihi responsionem extorsit manifesta ratio juris. Hotomannus *lib. 7. observ. 16. & in d. l. 3. hoc tit.* etiam pro his verbis *cui jurisdictio inest.* legi mavult, *quod jurisdictioni inest.* nec sane absque ratione. Nam proprie jurisdictio non inest imperio, sed hoc illi: & ideo non dicimus mixtam jurisdictionem, sed mixtum imperium: nec jurisdictionem cohærere, accedere, famulari imperio mixto, sed hoc jurisdictioni. *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de offic. ejus cui mand.* Cæterum non semper accurate satis loquuntur jurisconsulti: nec aliud sensisse existimo Ulpianum, cum mixto imperio inesse dixit jurisdictionem, quam imperium hoc jurisdictioni cohærere, hoc est, penes eum esse, cui competit jurisdictio.

9 His, quæ diximus, consequens est, neque imperii mixti esse, jubere cavere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere. Nam cum cavere jubet prætor, verbi causa. damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, vi jurisdictionis suæ id facit, non imperii, non magis quam si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui, aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adversarius in litem juraverit. Denique stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire aperte scriptum est apud Pomponium in *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* At si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedit, quod diximus, imperium, quo decretum suum prætor manu ministrorum exequatur. *l. 3. ff. ne vis fiat ei qui in poss.*

10 Negotium plerisque facessit, quod apud Ulpianum. *l. 4. ff. hoc. tit.* & Paulum *l. ea quæ. 26. pr. junct. §. 1. ff ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, restituere in integrum, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Me vero parum ista movent; quippe qui certus sum verbo imperii in *dd. legib.* nihil minus significari, quam mixtum imperium, quo de hic quærimus: nam alioqui dicere debebant jurisconsulti jubere cavere, & in possessionem mittere jurisdictionis non esse, sed imperii mixti. Jam vero cum dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, illud significare voluerunt, esse quidem hæc jurisdictionis, sed eminentioris cujusdam, magisque imperiosæ, quam, ut cum Goveano loquar, juridicæ, in qua scilicet potestas majorum magistratuum, hoc est, eorum qui tribunali præsunt, relucet: minores autem magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentioris hujus jurisdictionis sunt, facere non posse. *d. l. ea quæ. 26. pr. ad munic.* Atque hoc respectu alibi magistratus omnes inferiores dicuntur esse sine imperio & potestate. *l. nec magistratibus. 32. ff. de injur.*

11. Hujus ejusdem generis est & restitutio in integrum, *d. l. 26. §. 1. de munic.* quippe nec ulla hic coercitio, nec dici potest ea cohærere jurisdictioni &c. Cognoscere quoque & pronuntiare de quæstione suspecti tutoris ad hoc idem genus pertinere patet ex *l. 1. §. suspecti. 11. ff. ad senat. Turpil.* ubi legimus suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse,& nullum alium de hujusmodi quæstione, quam prælidem, posse pronuntiare. non quia id mixti sit imperii, nam & magistratus inferiores mixtum imperium habent: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis,quæ solis competit magistratibus majoribus,& imperii nomine passim à nostris designatur. *l. 8. & l. ult. de offic proconf. l. 3. de offic. ejus &c. l. 2. ff. de adopt. l. cum prætor. 12. §. 1. ff. de judic l. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact. l quod jussit. l. 14. ff. de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii tribuitur huic excellentiori jurisdictioni, eoque nomine significatur imperium quidem majorum magistratuum,sed quod tamen positū sit in jure dicundo.Neq; immerito cum quid magistratus vi jurisdictionis suæ facit, imperare dicitur, cum & ipsa vox imperii pro magistratu interdum usurpetur. *Cic. lib. 3 de legib. Iusta imperia sunto.* id est, magistratus legitime creantor.

12 Plerique cum hæc non intelligerent,ut aliqua saltem ratione se expedirent,duo genera imperii mixti commenti sunt;unum, quod jurisdictioni cohæreat atque subserviat,comparatum ad jurisdictionem contentiosam tuendam atq; explicandam:alterum,cui insit jurisdictio,seu cui tanquam principali jurisdictio accedat atque ancilletur;cujus generis sint ea, quæ magis imperii esse dicuntur,quam jurisdictionis: & hoc ideo, quia sicut in priore specie jurisdictio,ita in hac magis emineat imperium. ita *Baro in l. ult. de offic. ejus. Muscorn de jurisd n. 143. Bocer c. 4. n. 18. Obrecht. c 12 n. 25. Hillig. ad Don. lib. 17 comm. 8.* In quo toto cælo eos errasse ex iis, quæ modo diximus, manifestum est. Nullum enim est mixtum imperium, ac ne fingi quidem cum aliquo colore potest,quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictio: sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in modica aliqua coercitione, comparata jurisdictionis defendendæ atque expediendæ gratia.

13 Hoc autem constituto imperium mixtum consistere in modica coërcitione, qua sine nulla sit jurisdictio; id imperium cohærere jurisdictioni eique subservire, consequens omnino est omnes, qui jurisdictionem habent, etiam hoc habere imperium; ac proinde etiam magistratus minores in municipiis, cum & ipsi habeant jurisdictionem: Quemadmodum enim magistratus intelligi non potest sine jurisdictione, ita nec potest sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit. Enim vero non est necesse, ut quicunque magistratus est, omnes partes hujus imperii habeat, sicut nec ex diverso, ut habeat plenam jurisdictionem: at partem saltem aliquam habere oportet, quæ muneri cujusque tuendo, sufficiat. Sic magistratus municipales etsi forte jus multæ dicendæ non habeant. *arg l. 1. pr. si quis jus dic. non obtemp l aliud est fraus. 131. §. 1. de verb. sign.* pignoribus tamen captis jurisdictionem suam tueri possunt, *l. quemadmodum. 29. § pen. ff ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de reb. cor.*

eor. qui sub tut. l. 4. §. 3. de damn. infect. non malè in hanc sententiam discit. *Donel. lib. 17. comm. c. 7.*

CAP. VIII.

De jurisdictione propria & mandata.

SUMMARIUM.

1 *Quinam propriam jurisdictionem habeant.*
2 *An legatus proconsulis.*
3 *Mandata jurisdictio quid.*
4 *Quid sit mandare jurisdictionem.*
5 *Eum, cui mandata est jurisdictio, magistratum non esse.*
6 *Quæ jurisdictio quibus mandari possit.*
7 *Mandari posse, quæ sunt jurisdictionis ordinariæ: non posse, quæ extraordinaria, & quare. item n. 8. & 9.*
10 *Manumissio, adoptio, emancipatio an apud delegatum exerceri possint.*
11 *An apud legatum proconsulis. ad l. 19. ff. de manu. vind. & l. 2. §. 1. junct. l. 3. de offic. procons.*
12 *Tutoris datio an mandante magistratu transeat.*
13 *Etiam causas cognitionis prætoriæ mandari posse.*
14 *Mandata tamen simpliciter jurisdictione non transferri.*
15 *An mandari possit mixtum imperium.*

NOndum omnia jurisdictionis genera executi sumus: itaque illuc redeo, & me confero ad reliqua explicanda. Notabilis est distributio jurisdictionis in propriam, mandatam, & prorogatam. Nimirum jurisdictio quædam competit jure proprio, quædam non jure proprio, sed beneficio alterius.

1 Propriam habent magistratus, utpote quibus ea potestas principaliter data. *l. 6. ff. hoc tit.* ad hoc enim magistratus à populo aut principe creati & constituti sunt, ut jus dicant reddantque. *l. 2. §. post originem. 13. de orig. jur.* qui ob id etiam jurisdictioni & tribunali præesse dicuntur. *l. 12. de legib. l. 10. ff. hoc tit. l. 1. ff. de judic.* Nec tantum magistratus ordinarii propriam jurisdictionem habent; verum etiam qui extra ordinem constituuntur juris publice dicundi causa, ut præfectus vigilū & annonæ *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* eoq; referri possunt & delegati a Principe. Item magistratus municipales, quorum jurisdictio continetur intra territorium cujusq; municipii, *l. 3. ff. de tut. dat. l. duumvirum 53. C. de decur. lib. 10.*

2 Cum autem non alii, quam magistratus hanc jurisdictionem habeant, sequitur nec legatum proconsulis propriam habere jurisdictionem: scilicet quia nec legatus magistratus est; erratque Onuphrius *lib. 3. de imp. Rom.* legatum referens inter magistratus populi Romani. Nam magistratus ex ipsa creatione immediate à populo aut Principe jurisdictionem accipiunt. legatus autem, etsi proconsuli adjutor in partem curarum à senatu dabatur, ut ex Appiano supra retulimus, jurisdictionem tamen à proconsule accipiebat *l. 4. §. ult. l. 12. & l. seq. de offic. procons. l. 1. §. an autem. 4. ff. de suspect. tut.* Aperte autem inter se pugnant, eandem jurisdictionem & mandatam esse & propriam; eundem pro suo imperio agere, & alienis partibus fungi. *l. 1. §. 1. de offic. ejus.* Quod si legatus suo jure haberet jurisdictionem, utiq; & alii eam mandare posset. per *l. 5. ff. hoc tit.* quod tamen nunquam traditum est, nec morte proconsulis finiret ut, contra *l. 6. eod. Govean. in d. l. 6. n. 9.*

l. 5. n. 9. Potest quidem dici etiam legatum quædam propria habere. *l. 9. de offic. procons.* sed ea videlicet, quæ mandata non sunt, nec mandari possunt, veluti jus dandi tutoris. *l. pen. eod. tit.* quod ei specialiter datum est oratione D. Marci *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Nec tamen eo modo hæc dicuntur propria, quo illa, quæ jure magistratus competunt; sed quia hæc à proconsule non accipit legatus, nec in iis proconsulem recognoscit. Atque ad hæc forte referendum, quod Venulejus *l. 2. ff. quis à quo appell.* scribit à legatis proconsulem appellari. de quo plura inferius. Apud nos item magistratus omnes & soli propria sunt jurisdictione præditi: Vasalli autem de jurisdictione cum feudo investiti etiam jurisdictionem habent patrimonialem, quam & in heredes una cum feudo transmittunt. Itaque hi non sunt simplices magistratus. Ejus autem jurisdictionis, quæ proprio jure non competit, duæ species rectè constituuntur, mandata & prorogata. De utraque hac specie dicemus separatim, ac primum de mandata.

3 Mandata jurisdictio est, quam quia habet delegatam ab iis, qui eam proprio jure obtinent, ac proinde beneficio alieno. *per l. 5. ff. hoc tit.* Quatuor hic ferè quæstiones examinandæ occurrunt. 1. possitne quam quis jurisdictionem habet, eam alteri mandare 2. si potest, quando pro potestate sit mandata. 3. quatenus mandata transeat. 4. translata quomodo & quando finiatur.

4 Primo satis constat jurisdictionem, quam quis habet, alii mandare posse, sed inquam mandare, id est, alii exequendam dare, qui eam nomine mandantis exerceat. *l. 3. de offic. ejus. &c. l. solet. 16. ff. hoc tit.* qui vice & partibus ejus, qui mandavit, utatur. *l. 1. §. 1. de offic. ejus.* ac proinde etsi is, cui mandata est, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur. per *l. 5. §. 3. ff. de adm. tut.* & mandatarius jurisdictionis simplex & purus vicarius est, non magistratus. Transferre autem jurisdictionem suam in alium, atque ab se abdicare nemo potest. *l. pen. ff. de offic præsid.* quoniam nimirum hac translatione constitueret magistratum, quod solius est supremæ potestatis. *Vult. ad l. 3. C. hoc tit. Scip. Gentil. lib. 2. de jurisd. c. 26.* estque perspicuus error Bulii in *l. 1 §. 1. n. 2. & 4. de offic. ejus.* asseverantis etiam eum, cui mandata est jurisdictio, magistratum esse: non enim quævis juris dicundi potestas magistratum facit, sed ea tantum, in qua principem obtineas locum, quam tuo jure, non alieno mandatu exerceas, ut recte *Donel. 17. comm. 7.* Potest sane is, qui summæ rei præest, majores creans magistratus, his impertiri facultatem minores constituendi, sicut apud nos quædam civitates jus magistratus eligendi à Principe habent: sed tale jus magistratibus Romanis concessum fuisse nusquam proditum est.

5 Cæterum non omnes, qui jurisdictionem habent, eam mandare possunt: sed nec cuivis mandari jurisdictio, neque omnia possunt, quæ sunt ejus, qui jurisdictionem habet, ut jam amplius hic quærendum sit, quis cui quatenus quid eorum mandare possit.

6 Et more majorum ita comparatum fuit, ut is demum jurisdictionem mandare posset, qui eam suo jure, non alieno beneficio habere. *l. more majorum. 5. ff. hoc tit.* qui haberet propriam, non etiam qui sibi mandatam. *l. ult. de*

 offic.

offic. ejus. ὁ οἰκείῳ δικαίῳ, καὶ οὐκ ἀλλοτρίῳ ἔχων δοκιμοδοσίαν, ut Græci in *Basil.* Qui enim utitur aliena, is eam alteri utendam dare non magis potest, quam rem sibi commodatam alteri commodare. *fac. l. nemo plus. 45. de reg. jur.* Hinc vulgatum illud, delegatum subdelegare non posse: cujus quidem regulæ exceptiones aliquot recensentur à Costalio in *d. l. ult. de offic. ejus.* sed quæ natæ sunt ex errore confundentium delegationem jurisdictionis cum datione judicum. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus Principis subdelegare potest: de quo pluscula cap. sequenti. Mandari porro jurisdictio iis omnibus potest, qui & judices dari possunt. Qui autem idonei judices non habentur, iis nec jurisdictio recte mandabitur: quo in numero sunt surdus, mutus, perpetuo furore laborans, impubes, senatu motus, fœmina, servus, quibus foro interdictum est, & si qui sunt similes, *l. cum prætor. 12. §. 2. ff. de judic. & ibi gloss. & DD.*

7 Sed nec omnia, quæ sunt jurisdictionis in genere acceptæ, mandari possunt, nam ut supra dictum est, quædam jurisdictio est extraordinaria, & adventitia, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis: quædam ordinaria & genuina, quæ magistratui competit jure sui magistratus. Quæ jurisdictionis sunt ordinariæ, ea omnia mandari possunt, & mandata jurisdictione transeunt. At contra nihil eorum mandari potest, quæ specialiter lege, senatusconsulto, vel constitutione Principis conceduntur, nec quicquam eorum mandata jurisdictione transfertur. *l. 1. de offic. ejus &c.* Nimirum quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt: quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt, quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem magistratus, cui tributa sunt, necessario, non pertinet.

8 Mandari igitur possunt, quæcunque sunt jurisdictionis contentiosæ, & mandata jurisdictione transferuntur: inter quæ & jubere cavere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, de suspectis tutoribus cognoscere. *l. 4. pr. & §. 1. de offic. ejus. l. 1. §. an autem. 4. ff. de suspect. tut.* Jure quoque ordinario magistratui competit bonorum possessionem postulantibus dare, quamvis id voluntariæ sit jurisdictionis: proinde & hæc potestas mandari potest. *d. l. 4. §. 1. de offic. ejus.*

9 Ex contrario jus cognoscendi super transactione de alimentis ultima voluntate relictis, super alienatione prædiorum minoris, super adrogatione impuberis, manumissione à minore viginti annis facienda, non recte mandatur, quia jurisdictionis extraordinariæ est, sive specialiter & extra ordinem concessæ. *l. 1. pr. & §. 1. de offic. ejus. l. 8. pr. & §. sed nec. 18. de transact. l. si paterfam. & ll. seqq. ff. de adopt.*

10 Eandem fere rationem habet, quod hi actus voluntariæ jurisdictionis, adoptio, manumissio, emancipatio, quæ proprie legis actiones dicuntur, mandari non potuerint. *l. 1. C. de adopt. l. 2. §. 1. & l. 3. de offic. procons.* ex quibus locis discimus, hujusmodi actus expediti non posse, nisi apud eum, apud quem plena sit legis actio: cum autem, cui man-

mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Sunt, qui existimant halce legis actiones magistratibus Romanis proprio jure competiisse, singulari tamen cum restrictione, ut ne mandarentur: atque inde factum, ut iis, quæ speciatim concedebantur, annumerarentur; ut vero aliis magistratibus competerent, lege & speciali concessione opus fuisse. *per l. 1. de de offic. jurid. l. apud præfectum. 21. de manum. vind. l. 1. C. de vind. libert.* At hæc eodem recidunt.

11 Objicitur hic nobis *l. apud proconsulem. 17. de manum. vind.* ubi ita scriptum est, *Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus. Sed & apud legatum ejus manumittere possumus.* cui loco è diametro obstat *l. 2. §. 1. de offic. proconf.* verba hujus loci sunt hæc; *Apud legatum proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem*; nimirum voluntariam, qualem habet proconsul. & mox *l. 3. eod.* subjicitur, *Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum legis actio.* Duarenus *ad tit. de offic. proconf. Hotomannus. 2. amic. resp. 1.* & alii hæc loca conciliant adhibita hac distinctione, ut intersit, utrum legatus provinciam jam ingressus sit, an necdum. Quamdiu nondum ingressus est provinciam, actum manumissionis apud eum celebrari non posse, eoque pertinere *d. l. 2. & 3. de offic. proconf.* posse autem, ubi provinciam ingresso à proconsule mandata est jurisdictio; quo referunt *d. l. apud proconsulem. 17. de manum. vind.* Huic conciliationi per me licet, qui volet, acquiescat potius quam antinomiam in re, quæ apud antiquos nimine dubia esse potuit, admittat. Sed tamen, ut verum fatear, nunquam mihi hæc conciliatio probabilis visa est. Primum quia quod Paulus initio *d. l. apud proconsulem. 17. de man. vind.* ait, posse apud proconsulem manumitti, post quam urbem egressus est, idem eum intellexisse omnino verisimile est & in eo, quod mox subjicit, de legato, ut scilicet & apud eum manumissio procedat, simulatque urbem egressus sit. Deinde quia ratio, ob quam Marcianus in *d. l. 1. §. 1. de offic. proconf.* negat apud legatum manumissionem fieri posse, nempe quia talem jurisdictionem non habet, admissa superiore distinctione inepta plane est; Nam legatus antequam provinciam ingressus jurisdictionem à proconsule accepit, nullam omnino habet; ac ne mandari quidem ei ante jurisdictio à proconsule potest. *l. 4. §. post hæc. 6. de offic. proconf.* Postremo ratio ab Ulpiano allata in *l. 3. eod. tit.* quod omnino non sit apud legatum legis actio, manifesto excludit etiam id tempus, quo legato jam provinciam ingresso à proconsule mandata est jurisdictio. Quod si jurisdictio in hac causa mandari potuit legato, velim aliqua mihi detur ratio, cur mandari nequiverit, simulatque proconsul ipse eam potuit exercere, id est, statim quam urbem esset egressus. Suspicor igitur lectionem *d. l. 17.* mendosam esse, & pro *apud legatum ejus*, reponendum, *apud legatum Cæs.* id est, *Cæsaris*; erroremque natum ex notis *ejus* & *Cæs.* quod & ante me nonnulli alii suspicati sunt, teste Gothofrido. Est autem legatus Cæsaris idem, qui passim præses provinciæ

vinciæ appellatur *l. pen. ff. de offic. præf. l.* 4. *ff. de offic. asseff. l. excipiuntur.* 14. *ff. ad Sc. Sillan.* & probabile admodum est, jurisconsultum ostendere voluisse, idem proconsulis & prælidis hac in causa jus fuisse, atque apud utrumque simulac urbem egressi essent, manumissionem expediri potuisse.

12 Tutoris quoque datio ex speciali concessione est, non jurisdictionis ordinariæ. *l.* 6. §. 2. *ff. de tutel.* idque ex eo intelligimus, quod olim prætor urbanus cum majore parte tribunorum plebis id jus habuit ex lege Attilia, prædes provinciarum ex lege Julia & Titia. *pr. Inst. de Attil. tut.* postea consules, & mox prætores ex constitutionibus. §. 3. *Inst. eod. tit.* Quapropter nec hanc potestatem mandante magistratu transire traditum est *l.* 8. *de tut. dat.* nec obstat, quod apud Justinianum legimus, jussu præsidum magistratus municipales tutorem dare posse §. 4. *Inst. de Attil. tut.* Nam hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati magistratus potuerint dare tutores (nam his quoque id jus specialiter datum est *l.* 3. *de tut. dat.*) sed quod non ante hoc jus usurpare poterant, quam rem ad prælidem, cujus priores partes erant, detulissent, isque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, ad eos remisisset. *l.* 1. §. *si præses.* & §. *si curatores. ff. de magistr. conven.* Nec admodum dissimile est exemplum legati proconsulis, qui mandata demum à proconsule jurisdictione tutorem dare potest. *l.* 13. *junct. l. pen. de offic. proconf.* cæterum non propter mandatam jurisdictionem; sed quia id ei specialiter datum est oratione D. Marci. *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere possit, postquam ei mandata est jurisdictio; ut illa jurisdictionis delegatio tantum sit necessarium antecedens, & causa sine qua non. Merum imperium mandari non potuisse, quod & ipsum ex speciali concessione magistratibus quibusdam competit, supra relatum est. sed hoc à jurisdictione remotum.

13 Illud hic quæsitum est, an etiam causæ cognitionis prætoriæ mandari possint, hoc est, causæ, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant, quæ etiam extraordinariæ cognitiones dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum sine solennibus & strepitu judicii, sine formula expediebantur & disceptabantur à magistratu ipso: cujusmodi causæ erant, cognitio de salariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium. *l.* 1. *de extraord. cognit.* persecutio fideicommissi. *l. pecuniæ.* 178. §. 2. *ff. de verb. sign. Vlpian. in fragm. tit.* 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt. *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus. *l. in causæ.* 13. §. 1. *l. quod si* 24. §. *ult. ff. de minor.* Et quidam existimaverunt hujusmodi causas mandari non posse, inter quos & D. Cujacius *lib.* 7. *obs.* 23. & *in d. l. pecunia.* 178. §. 2. *de verb. sign.* ubi ait eas magistratui specialiter concessas. Sed perperam, ut mea quidem fert opinio. Nam quod in hisce causis judex dari non potuit. *l.* 2. *C. de pedan. judic.* ex eo non continuo sequitur, nec mandari potuisse; quod enim judex in his causis dari non potuerit, id propriam rationem habet, quia certo jure non nitebantur, neque certæ & ordinariæ harum causarum erant actiones aut formulæ, ut patet ex *d. l. quod si.* 24. §. *ult. de minor. Ex hoc edicto*, inquis

quit ibi Paulus, *nulla proprie actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Ratio autem nulla est, cur minus jurisdictio in his causis, quam in aliis mandari possit, quod & Scipio Gentilis *lib. 1. jurisd. c. 20.* bene observavit. Nimirum cognitio prætoria vel prætidalis est etiam in eo, cui mandata est jurisdictio, licet non sit in judice dato. Quæ decterum requirunt & pro tribunali explicanda sunt, prætorem desiderare dicuntur, *l. ubicumque 150. de reg. jur.* nec tamen hinc excluditur is, cui jurisdictio mandata est, qui vice ejus, qui mandavit, fungitur, sed tantum judices pedanei & magistratus municipales, qui pro tribunali non cognoscebant. Atque hinc explicandum quod dicitur in *l. 1. §. suspecti. 11. ff. ad sen. Turp.* suspecti tutoris accusationem tantum pro tribunali examinari posse, neque de hac quæstione alium, quam præsidem posse pronunciare: nam hujus quoque rei cognitionem mandata jurisdictione transire constat *l. 1. §. 4. ff. de suspect. tut.*

14 Plane si quis quærat, an jurisdictione simpliciter mandata, etiam cognitio super hujusmodi causis translata intelligatur, responderem non intelligi translatam: neque enim omnia, quæ specialiter mandari possunt, in genere mandata jurisdictione transeunt, per *l. 4. de offic. ejus junct. l. 1. §. 4. ff. de susp. tut.* ubi rescripto decisum, non an cognitio de suspectis tutoribus in specie mandari potuerit, sed an jurisdictione simpliciter mandata, ista quoque mandata intelligeretur. Sic in mandato procuratorio generali non omnia continentur, sed quædam requirunt mandatum speciale: quos casus collegit *Mozz. c. de divis. mand. n. 11. & seqq.*

15 Memini quoque quæsitum esse, an mixtum imperium mandari possit. Sed hæc quæstio mihi inepta atque absurda videtur, nisi ita accipiatur, an mandata jurisdictione simul imperium, quod non est merum, transeat. Inauditum quippe est, imperium mixtum, quod jurisdictionis tuendæ causa comparatum est, veluti multam exigere, pignora capere, quod est apparitorum, seorsum mandari sine jurisdictione. Quod si ita quæstio proponatur, an mandata jurisdictione etiam imperium mixtum in eum, cui jurisdictio mandata est, transeat, nullam causam video, cur id affirmare dubitemus, cum sine ullo imperio jurisdictio explicari nequeat: & sunt in eam rem textus expressi in *l. 1. §. 1. l. ult. §. ult. de offic. ejus.* Plane imperium mixtum, quod jurisdictioni extraordinariæ & adventitiæ subservit, mandata jurisdictione non magis transit, quam ipsa illa jurisdictio.

CAP. IX.

Quando jurisdictio mandata, quatenus & quo effectu translata intelligitur.

SUMMARIUM.

1 *Quando jurisdictio mandata intelligatur.*
2 *Quid intersit, magistratus an Princeps jurisdictionem mandet. item n. 3. & 4.*
5 *Ex quo æstimandum, quatenus jurisdictio transeat.*
6 *Jurisdictionem mandatam sic transferri, ut semper maneat aliena, ejusque rei effecta.*

7 *Neque hinc excipiendum esse legatum proconsulis. ubi explicatur l. 4. §. ult. de off. procons.*

8 *Sententia l. 13. eod. tit.*

9 *Explicatio l. 2. quis à quo app.*

10 *In eum, cui delegata est jurisdictio, etiam mixtum transire imperium. ubi insignis veterum interpp. error reprehenditur.*

11 *Sententia l. 13. ff. hoc. tit.*

12 *Apud Belgas morem delegandi judices ferè exolevisse.*

1 MAndata jurisdictio intelligitur, ubi magistratus dicit se mandare aut delegare alicui jurisdictionem suam, se jurisdictionem suam alicui exercendam dare sive velle se, ut quis in jurisdictione vice sua & partibus fungatur, sive jurisdictionem suam alicui dare *l. 3. l. 4. de offic. ejus. l. solet. 16. ff. hoc tit.* Necesse autem est, ut delegatus exhibeat literas mandati; alioqui ei non creditur. *c. cum in jure. x. de offic. deleg.*

2 At enim multum interest, Princeps ipse, an magistratus his verbis utatur: nam si magistratus quibuscunque ex superioribus verbis usus fuerit, nihil amplius, quam mandasse, jurisdictionem intelligitur. Quod si magistratus judicem dare se aliquem dixerit, is nudus judex erit: cujus rei effecta hæc, ut nec jurisdictionem habeat, neque alium judicem dare possit, nec sententiam, quam tulerit, valeat exequi. *l. à judice C. de judic. l. 5. l. à Divo. 15. ff. de re jud.* quod contra esset, si his verbis jurisdictio mandata intelligeretur. *l. 2. l. 3. in fin. hoc tit. l. ult. §. 1. de offic. ejus.*

3 Utrumque hoc contra in principe. Cum princeps jurisdictionem alicui dedit, is eam propriam habebit, non tanquam mandatam: utpote quæ tanquam à lege profecta sit: siquidem potestas dandi & efficiendi propriam, quam magistratus non habent, in Principe cum voluntate concurrit, per *l. 6. ff. hoc tit. junct. l. 1. ff. des constit. princ.* Effectus hîc, ut ne finiatur hæc jurisdictio morte Principis, quod contra futurum erat, si mandata tantum intelligeretur. *d. l. 6. hoc tit.* Rursus quem Princeps judicem tantum dedit, ei & jurisdictionem mandasse intelligitur, id quod potestas huic judici tributa manifeste probat. Nam qui à Principe judex datus est, is etiam alium judicem dare potest; atque ab hujus sententia appellatur is, qui eum dedit, non Princeps. *l. 5. C. de judic. l. un. in fin. C. qui pro sua jurisd. junct. l. 1. l. ult. ff. quis à quo appell.* Atque hanc mentem esse Principis causam aliquam delegantis existimari par est, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipsa executio majestate ejus est inferior, ut benè Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. c. 2.*

4 Cæterum cum mandata duntaxat jurisdictio in persona judicis à Principe dati accipiatur, idcirco morte Principis ea finietur. *d. l. 6. ff. hoc tit.* Hinc jam facile intelligi potest, quatenus recipiendum, quod vulgo tradunt, delegatū Principis subdelegare posse, nempe posse eum alium judicem dare; idque semper, non tantum si propriam habeat ex datione Principis jurisdictionem, sed & si mandatam duntaxat, qualem etiam in eo agnoscimus, qui vel judex à Principe datus sit: jurisdictionem autem alii delegare non posse, nisi ex voluntate Principis eius propria facta sit: quod ut iam diximus, contingit etiam iurisdictione à Principe mandata.

5 Qua-

5 Quatenus mandata jurisdictio transeat, ex ipso mandato æstimandum est, quemadmodum & in cæteris rebus omnibus fines mandati custodiendos esse constat *l. solet.* 16. & *seqq. ff. hoc tit. l.* 5. *ff. mandat.* ac proinde ad cautelam advocati pertinere tradunt, ut petat palam commissionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum sit. Potest & ipse committens super dubio consuli *Gail.* 1. *obs.* 35. *n.* 3. & *seqq.* Et igitur si tota jurisdictio mandata est, universa transit, ut tamen semper excepta esse intelligantur, quæ mandanti specialiter concessa sunt: nam absurdum esset generali oratione plus tribui & concedi posse, quam speciali. *l. solet.* 16. *ff. hoc tit. junct. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *de offic. ejus.* Si pars tantum mandata, puta in certas personas aut causas, nihil amplius, quam quod mandatum est, transit. *l. prætor.* 17. *ff. hoc tit.* Quinimo etsi simpliciter & indefinite jurisdictio mandata sit, ea tamen, quæ sunt cognitionis prætoriæ, transire non puto, sed ut transeant, opus esse mandato speciali, secundum ea, quæ dicta sunt capite præcedenti.

6 Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus transire, ut semper sit alieni jurisdictio, neque pro suo imperio quicquam agat is, qui mandatam jurisdictionem suscepit, etiamsi & ipse prætor sit: sed mandatoris vice in ea exercenda fungatur, proprium nihil in ea habens. *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de offic. ejus.* 6. *l. solet.* 16. *ff. hoc tit.* Unde est, quod ab eo, cui mandata est jurisdictio, non provocatur is, qui mandavit, sed ille, à quo ipse provocaretur. *l.* 1. §. 1. *ff. quis à quo appell.* ne videlicet idem videatur appellari ab eodem. Nec excipimus hic legatum proconsulis: nam & legati jurisdictio vicaria & aliena est, positumque in arbitrio proconsulis utrum jurisdictionem mandet, vel non mandet; quamvis mandatam temere aut inconsulto principe revocare nequeat. *l.* 6. §. 1. *l. legati.* 13. *de offic. procons.* Neque ei, quod dicimus, adversatur responsum Ulpiani. *l.* 4. § *ult. d. tit.* hoc enim jurisconsulti pronuntiato, *proconsul ingressus provinciam mandare jurisdictionem legato suo debet*, non simpliciter injungitur proconsuli jurisdictionis mandandæ necessitas; sed verbum *debet* in hoc responso ad tempus, quo mandanda jurisdictio est, refertur, præsupposita mandandi voluntate: ut hic sit sensus, si vult mandare, debet hoc facere provinciam ingressus. Etenim non quæritur ibi, an mandare proconsul jurisdictionem possit vel debeat, sed quando debeat, nimirum postquam provinciam ingressus est. Atque hanc esse sententiam jurisconsulti evincit ratio ab illo subjecta: ait enim absurdum esse, ut proconsul mandet jurisdictionem, prius quam ipse jurisdictionem nactus sit. Sed etsi hoc largiremur, proconsulem præcise debere jurisdictionem legato suo mandare, ex eo tamen non protinus sequitur, eam legati propriam fieri: nam alioqui & ipse eam mandare alii posset, nec morte proconsulis solveretur, quod utrumque secus se habere ostendimus capite proxime præcedenti.

8 Multo minus ex eo, quod Pomponius *l.* 13. *de offic. procons.* scribit, legatos proconsulis nihil proprium habere, nisi à proconsule mandata eis fuerit jurisdictio, inferri potest, ergo ubi mandata est jurisdictio, eam habent propriam: sed hoc tantum, ergo mandata jurisdictione, quædam propria habent. atque hoc suo sensu recte dici non negamus. hujus autem generis

sunt, quæ specialiter legato tributa, occasione quidem, sed non vi mandatæ jurisdictionis, veluti tutoris datio. *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. dat.* judicis dandi licentia *l.* 12. §. 1. *ff. de judic.* jus multæ dicendæ. *l.* 2. *in fin. ff. eod. tit.* quæ ideo legati propria esse dici possunt, quia ea à proconsule non recognoscit: quod fusius exposui *cap. praced.*

9 Sed quærat aliquis, si legatus propriam jurisdictionem non habet, quæ sit ratio, quod a legato appelletur proconsul. *l.* 2. *ff. quis à quo appell.* cum à cæteris, quibus delegata est jurisdictio, provocetur, non qui mandavit, sed ille, qui provocaretur ab ipso delegante, *l.* 1. §. 1. *eodem.* Respondeo, non existimo perpetuum esse, ut a legato provocetur proconsul, sed id in iis duntaxat causis obtinuisse, quas diximus ex speciali concessione, non vi mandatæ jurisdictionis ad legatum pertinere; puta si tutoris aut judicis à se dati excusationem non admiserit, aut multam alicui dixerit. Neque huic responsioni nostræ refragatur Venulejus in *d. l.* 2. *quis à quo appell.* quoniam & ille multæ dictionis tantum meminit, nec dicit simpliciter proconsulem à legato appellari; sed appellari posse: nempe aliquando, & positis, ut loquuntur, terminis habilibus.

10 Porro cum is, cui jurisdictio mandata est, in ea exercenda vice mandantis fungatur, & ut supra demonstravimus, etiam imperium mixtum, quod jurisdictionis defendendæ & exequendæ gratia comparatum est, transeat, poterit utique mandatarius & sententiam, quam dixit, ipse exequi. *l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. 1. *de offic. ejus. l.* 1. *ff. hoc tit.* Atque insignis veterum interpretum hic error est, qui negant, posse delegatum jurisdictionis sententiam suam executioni mandare. *Bart. & DD. in l. à D. Pio.* 15. *ff. de re jud. & in l.* 5. *ff. hoc tit.* quos sequitur *Gail, lib.* 1. *obs.* 97. *n.* 7. Decepit eos *d. l.* 15. *pr. de re jud.* quoniam non animadverterunt Jurisconsultum illic loqui de judicibus datis seu pedaneis, non de eo, cui mandata est jurisdictio. Nimirum illi confundunt mandatarium jurisdictionis cum judice pedaneo: item mandare jurisdictionem, & judicem dare aut delegare: unde existimarunt nec judicem dari posse ab eo, cui delegata est jurisdictio per *l.* 5. *ff. hoc tit. l. ult. de offic. ejus.* Sed longe aliud est jurisdictionem mandare aut delegare, aliud simpliciter dare judicem. Qui jurisdictionem mandat, is quidem etiam judicem constituit, sed cum imperio & potestate exequendi: quod is, cui jurisdictio mandata est, hoc est, commissa alienæ jurisdictionis exercitio, facere non potest. Judicem vero dare non prohibetur. *l.* 1. *l.* 3. *ff. hoc tit.* quia judice dato non transfertur jurisdictio, sed nuda solummodo notio conceditur, id est, facultas cognoscendi & judicandi sine judicati exequendi potestate. *l.* 5. & *d. l.* 15. *de re judic.*

11 Obstare creditur responsum Ulpiani in *l. eum qui* 13. *pr. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait eum, qui judicare jubet, magistratum esse oportere. Is autem, cui jurisdictio mandata est, non est magistratus. Verum παχυμερέστερον hunc locum accipi oportet, non ut excludatur is, cui mandata est jurisdictio, qui vice magistratus fungitur: sed ut intelligamus non posse jubere judicare eum, qui magistratus nunc non sit, aut jurisdictionem nunc non habeat, quamvis tunc cum haberet, judicem dederit, secundum id, quod

quod statim subjicitur §. 1. *d. l.* 13. *Pet. Fab. in l. nemo potest.* 70. *de reg. jur.*

12 Mos dandi judices apud nos fere in totum exolevit: forte quia nunc ubique locorum satis magna est judicum ordinariorum copia. Etenim subalterni nostri judices, non sunt judices delegati aut pedanei: sed ordinarii; propiam & ipsi jurisdictionem & tribunal habentes, nec delegati à Collegiis, quos Commissarios appellant, huc pertinent. Vide Groeneweg. *tract. de ll. abrog. ad tit.* 3. & 4. *li.* 1. *Cod.* ubi tamen *d. tit.* 4. minus rectè meo judicio cum judicibus pedaneis comparat JCtos, quos judices subalterni, quod ipsi plerumque legum imperiti, consulere, quorumque sententiam in judicando sequi solent. Nam JCti illi omnino non sunt judices, neque de facto cognoscunt, ut olim judices pedanei, sed posita facti veritate jus suggerunt, de quo ipsi judices imi subsellii sive pedanei solebant consulere prætides. *l. eum quem.* 79. §. 1. *de jud.* Sed & jam olim à Diocletiano ipsis magistratibus cognoscendi & judicandi imposita necessitas, extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impedirentur. *l.* 2. *C. de pedan. judic.* Ac neque illud apud nos moris est, ut magistratus delegent jurisdictionem suam. Plane hodieque ab iis, qui summæ rei præsunt, nonnunquam judices delegantur, ut in causis revisionum, & aliis, de quibus extra ordinem quærendum videtur: sed hi non solent alios judices dare, quamvis eadem illorum, quæ olim à principe delegatorum potestas. Vid. *sup. n.* 2. 3. & 4. *adde Mornac. l. 1. ff. hoc titul.* Quomodo & quando mandata & translata jurisdictio finiatur, quæ quæstio ex quatuor supra *cap.* 8. propositis, postrema est, dicetur in commune *cap. ult.*

CAP. X.

De jurisdictione prorogata.

SUMMARIUM.

1 *Jurisdictio prorogata quid sit, & quo colore sustineatur.*
2 *Non esse locum prorogationi nisi inter eos, qui communi imperio subjecti.*
3 *Nec nisi in diversis magistratibus, qui non sint simul domini territorii.*
4 *In prorogatione solum partium consensum requiri.*
5 *Eum, in quem consensum est, aliquam jurisdictionem habere debere.*
6 *An mandata jurisdictio possit prorogari. & n.* 7.
8 *Ex quatuor prorogandi formis, quas vulgo statuunt, illum de loco ad locum jure nostro parum convenire. item n.* 9. & 10.
11 *An jurisdictio judicis ita prorogari queat, ut quolibet loco in suo territorio jus dicat.*
12 *An veteribus cognita prorogatio de tempore ad tempus, ubi expenditur l.* 2. §. 2. *ff. de judic.* & *l.* 74. §. 1. *eod.*

1 SPecies altera jurisdictionis non propriæ est, quæ dicitur prorogata. Prorogatio jurisdictionis nihil aliud est, quam jurisdictionis extra fines suos consensu privatorum facta productio. Hanc ergo jurisdictionem privati quodammodo tribuunt: quippe cum cujusque jurisdictio suis terminis circumscripta sit, extra quos eam sine prorogatione exercere non liceat. *l. ult. ff. hoc tit. l.* 1. *l.* 2. *ff. de judic.* Cæterum quod de mandata

data jurisdictione traditum est. *l.6.ff. hoc tit.* eam quidem principaliter non dari aut deferri à lege, sed mandata lege confirmari, hoc vel magis dicendum est de prorogata, scilicet eam quoque lege confirmatam esse; & haud dubie ideo. quia ad lites facilius expediendas pertinet: nisi enim prorogatio confirmatione legis niteretur, nunquam ea efficeret, ut decretis aut sententiis magistratuum aut judicum excedentium modum jurisdictionis aut notionis suæ standum esset, *per l.3.C.hoc tit.*

2 Hoc autem evidens argumentum est, non esse prorogationi locum, nisi inter eos, qui communi imperio; & verbi causa uni eidemque Principi subjecti sunt. Nam exempli gratia si subjectus regis Galliæ proroget jurisdictionem magistratus Belgici, prorogatio ista non erit efficax. Et quod dicitur magistratum unum debere exequi sententiam alterius, id quoque obtinet duntaxat in magistratibus,qui subjecti sunt uni atque eidem capiti; aut est meræ gratiæ. Atque; ex hoc fundamento defenditur constitutio juris Canonici, quo clericus prohibetur prorogare jurisdictionem judicis laici. *c.significasti. c. si diligenti. de for. compet.* Jure autem civili id secus est. *l. pen. C. de pact. l. placet. 17.§. 1. C. de episc. & cleric. Nov. 123. c.21. & seqq.*

3 Sed & prorogationi duntaxat locus esse videtur in diversis magistratibus, qui meri sunt & simplices magistratus: quippe, quorum nihil interest prorogari alterius jurisdictionem: secus autem esse in iis,qui simul sunt toparchæ & domini territorii, habentes jurisdictionem patrimonialem; ne scilicet his invitis auferatur jus, quod habent, id est, ne cogantur carere fructibus jurisdictionis suæ, ut loquuntur, puta multis aliisque pœnis pecuniariis, quæ lucro talem jurisdictionem habentium cedunt. *fac. c.ex transmissa. x. de for. compet.*

4 Illud ante omnia pro certo habendum est, prorogationem esse actum partium, ac proinde non aliorum consensum hic exigi, quam ipsorum litigatorum, ac ne ejus quidem, cujus jurisdictio prorogatur; denique nec judicis ordinarii sive competentis, utpote cui nihil adimitur. *l.2.§.1.ff.de judic. Vult. in l.1.C.hoc tit. n.66.* Sane quidem ut invitus jus dicat is, cujus jurisdictio prorogata est, cogi non potest: cæterum si dixerit, etiamsi crediderit suam esse jurisdictionem, valebit quod inter consentientes statuerit. *d.l.2.§.1.ff.de judic.Vult.ad.d.l.1.n.168.C.hoc tit. Duar. ad tit. de judic. c.de foro compet. Gail. 1. obs. 40.n.3.*

5 Nec minus illud semper constitit eum, in quem consensum est, aut tribunali præesse aut aliam jurisdictionem habere debere. *l. 1. ff. de judic.* neque enim potest privatorum consensus jurisdictionem tribuere ei, qui nullam jure publico concessam habeat, nec quod is statuit, judicati continere autoritatem. *l.3. C.hoc tit.* Denique quod non est, prorogari non potest, *l.5. ff. de precar.*

6 Dubitatum est de jurisdictione mandata an & illa prorogari queat. negant. *Bart. in l. 1. ff. de jud. n. 5. Cyn. Salic. Vult. in l. 1. C. hoc tit. Scip. Gentil. lib. 2.c.13.* Ajunt *Zaz. in l.si per errorem. 15.ff. hoc tit. n.15. Bald. in d.l. 1.ff. de judic. Duar.c. 2. de jurisd. Bocer. c. 7. n. 20.* Prior sententia

tia obtinere videtur jure Canonico. *c. cum olim. 32. & c. P. & G. 40. de offic. & potest. jud. deleg.* posterior jure civili. *d. l. 1. ff. de judic.* ubi jurisconsultus ait, in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, esse jurisdictionem: neque enim hoc alium sensum habet, quam si dixisset, prorogari posse consensu partium non modo jurisdictionem propriam, verum etiam mandatam. Assentior autem *Baldo in. d. l. 1. in addit. sub fin. Bocero d. c. 7.* distinguentibus, utrum universa jurisdictio mandata sit, an pars tantum & in specie ad unam aliquam causam: ut illo casu etiam mandatæ jurisdictionis prorogationi locus sit, hoc non item. Ac de posteriori hoc casu loca illa juris pontificii intelligenda esse apparet ex ipso contextu; neque hoc casu aliud juris erit in delegato Principis. *per dd. text.* Ad priorem autem casum referendus est locus Ulpiani in *d. l. 1. ff. de judic.* nimirum ad casum, quo mandata est alicui jurisdictio universa. Neque hujus distinctionis ratio obscura est; nam cum magistratus totam suam jurisdictionem alicui mandat, mandatarius in partibus omnibus mandatoris vice fungitur, ut absurdum sit hoc casu prorogationi non patere locum. At cum ad unam aliquam causam mandatur jurisdictio, extra id, quod mandatum est, nihil exerceri potest, ne fines mandati excedantur.

7 Objiciunt Salicetus & Sichardus in *l. 1. C. hoc tit.* quod mandata seu delegata jurisdictio sit limitata ad certam personam. Quid tum postea? nam & propria sive ordinaria eodem modo limitata est. Quod si per personas intelligunt personas litigantium, jam delegatio erit specialis, cujus prorogationem nec nos admittimus. Non obstat quoque, quod ajunt delegatum non posse subdelegare: quoniam ex eo non recte collegeris nec jurisdictionem ejus prorogari posse. Sunt enim hæc plane diversa, eum, cui mandata est jurisdictio, alteri eandem mandare, & ei ipsi jurisdictionem consensu partium prorogari. Hæc puto rei intelligendæ sufficere: qui tamen volent, adire poterunt *Enucl. Don. l. 17. comm. c. 10. & ibid. alleg. lit. P.*

8 Interpretes fere quatuor esse statuunt jurisdictionis prorogandæ modos: de loco ad locum; de tempore ad tempus; de re ad rem (sub qua specie comprehendo de causa ad causam, de quantitate ad quantitatem, de casu ad casum) de persona ad personam. Sed vereor ne hæc juri nostro consentanea non sint. Nam non sine causa de primo modo dubitant nonnulli, an ita de loco ad locum jurisdictio prorogari possit, ut vi prorogationis etiam extra territorium juris dicundi potestas acquiratur, verbi gratia, an judex Mutinensis ex prorogatione Bononiæ cognoscere & judicare queat. Affirmant quidem hoc *DD. comm. Alex. in l. ult. ff. de jurisd. Abbas in C. novit. 7. de offic. & pot. jud. del. Zaz. in l. pen. ff. de just. & jur. n. 25.* & porro etiam quærunt, an hic præcise expressum partium consensus requiratur, & an etiam necessarius sit consensus judicis illius loci, seu expressus, sive saltem tacitus. Sed si obtinemus ex ratione juris nostri ullam esse hujusmodi de loco ad locum jurisdictionis prorogationem, disputatio illa tota inutilis est. Viderunt hoc *Bart. in l. 2. ff. de judic. in pr. n. 7. Bald. ibid.*

ibid. n.7. Salic. in l.1. C. hoc tit. n.5. nos etiam evidentissimis argumentis id tibi probatum ibimus.

9 Primum constat magistratus omnes extra fines territorii sui privatos esse *l.3. de offic. præsid. l. ult. de off. præf. urb. l. ult. ff. hoc tit.* At privato tribui jurisdictio consensu litigantium non potest. *l.1. ff. de judic. l.3. C. hoc tit.* & ineptum est, quod *Alexand. in d. l. ult. ff. hoc tit.* profert, judicem habere jurisdictionem in habitu, ubicunque sit: nam valde insubtiliter jurisdictio comparatur cum habitu, id est, vi animi longo usu & crebris actionibus parta. imo jurisdictio plane non est habitus, sed jus quoddam & potestas in subjectos cives publice tributa, certos terminos ac limites suos habens. Ex eo vero, quod actus voluntariæ jurisdictionis, puta manumissio, adoptio, etiam extra territorium apud magistratum exerceri possunt, non recte intuleris, ex prorogatione in volentes & consentientes extra fines suos etiam extendi posse jurisdictionem contentiosam. Nam ex natura jurisdictionis voluntariæ est, quod ubique exerceri possit, non ex voluntate aut prorogatione privatorum. Exercetur in volentes & consentientes, nec aliter potest: si extra provinciam jus dicentis, id ex accidenti contingit. Itaque si quis, verbi gratia, servum suum apud proconsulem nondum provinciam ingressum manumiserit, is non potest dici prorogasse jurisdictionem proconsulis, non magis, quam si apud provinciam jam ingressum manumisisset. Manet autem eadem jurisdictionis contentiosæ natura, neque ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnes actus voluntariæ jurisdictionis extra provinciam explicari possunt; imo nulli ex iis, quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderant, quod jam aliquoties à nobis & dictum & demonstratum est.

10 Adhæc ubi semel ex consensu partium prorogata est jurisdictio, etiam in invitos ea exercetur: at hoc in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si vim istam haberet jurisdictio prorogata, ad eam exercendam non opus esset consensu judicis territorii, quippe qui hoc modo nec alteri jurisdictionem tribuere, nec sibi adimere potest. Non adversatur *c. 11. §. in nullo. de rescript. in 6.* illic enim sermo est de delegato pontificis, quem tanquam delegatum Principis constat ubique jus dicere posse.

11 Sed nec illud simpliciter admittendum est, posse ita jurisdictionem judicis prorogari, ut quodlibet loco in suo territorio jus dicat. Nam quæ decretum desiderant, & causæ cognitionem, ea omnia pro tribunali expedire oportet, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi solet. *l. pen. ff. de just. & jur. l.4. C. de dilat.* quæ res privatorum pactis mutari non potest. *l. neque ex prætorio. 27. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum decretumve est, auctoritatem judicati habeat. *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* atque hoc ipsum etiam à Mario Salomonio pridem observatum est in *l. pen. ff. de just. & jur.* Quæ vero causæ cognitionem non desiderant, præparatoria judicii, interrogationes &c. illa quidem alio quoque loco à magistratu aut judice tractari possunt, & vel domi sella posita vel in itinere. *l.4. §.1. ff. de interrog. in jur. fac.* sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi magistratui visum fuerit. Itaque ex ratione juris nostri

nulla

nulla est de loco ad locum iurisdictionis prorogatio. Moribus Transisulaniæ receptum esse, ut judices unius territorii in alterius territorio ex consensu partium etiam contentiosam jurisdictionem exerceant, adeoque ad instantiam unius partis, quæ suis id sumptibus postulet, auctor est *Kus. ad l. 2. de offic. procons. n. 3.*

12 Qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt, argumentum sumunt à prorogatione de tempore ad tempus, quasi extra controversiam positum esset, quod illi supponunt, de tempore ad tempus jurisdictionem prorogari posse. Nos vero nec hujusmodi speciem veteribus cognitam aut usurpatam credimus. Proferunt illi ad sententiæ suæ confirmationem textum in *l. 2. §. 2. ff. de judic.* At nego textum istum ad ullam prorogãdæ jurisdictionis formam pertinere: loquitur enim ibi Jurisconsultus tantum de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui duntaxat nudam notionem habet, non jurisdictionem. *l. 5. ff. de re judic.* jussus est litem sibi commissam dirimere. Cum autem tempus hoc favore litigantium intelligatur adjectum, rationis est, ut eorundem expresso consensu etiam prorogari possit, utique si & ipse judex ad tempus datus consentiat: utrumque enim in hac specie prorogationis desideratur. *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet & ipse judex sine consensu suo à privatis oneretur munere judicandi: in ea autem, quæ de persona ad personam dicitur, id necesse non est. Atque ita quoque hunc locum acceperunt *Marant. p. 4. dist. 12. Bald. in l. 7. C. de episc. audient. n. 8. Castrens. in d. l. 2. §. 2. n 6. add. Ant. Fab. ad d. l. 2. §. 2. in rational.* Longe dissimile est, quod Julianus *l. de qua. 74. §. 1. de judic.* ait, judicem, qui usq; ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare posse. hoc enim pertinet ad speciem prorogationis sequentem, nempe de re ad rem. Neque loquitur ibi Julianus de simplici aut pedaneo judice, cui una aliqua causa committi solebat præscripta formula, & reservata danti potestate exequendi; sed de judice, qui etiam jurisdictionem habet; nempe de judice publice constituto non ad unam aliquam litem, sed generaliter ad omnes causas, quæ quandoque incidere possent terminandas usque ad certam summam; ac proinde de Magistratu, ut & Paulus *l. inter. 28. ad municip.* Illud probandum erat, ejus, qui officium annuum à populo aut principe accepit, consensu partium jurisdictionem prorogari posse, ita ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit, quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Quamvis enim interdum tempus & locus comparantur, ut in *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. si soluturus. 39. ff. de solut.* nemo tamen tam infans est in arte disserendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & in specie proposita temporis prorogatio privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Ex his opinor perspicuum est, neque prorogationis de tempore ad tempus ullum usum esse extra speciem, quæ proponitur in *d. l. 2. §. 2. ff. de judic.*

CAP. XI.

De prorogatione de re ad rem, & de persona ad personam.

SUMMARIUM.

1 *In prorogatione de re ad rem necesse esse, ut causæ sint ejusdem naturæ.*

2 *Quando procedat prorogatio, si de aliis causis pecuniariis judex aditus sit, quam quibus præfectus est. &c. n. 3. ubi explicatur l. quæ de re 74 §. 1. ff de judic.*

4 *Forma prorogationis de persona ad personam.*

5 *& 10. Quomodo quo effectu se quis subjiciat jurisdictioni alicujus. & quid hic apud Batavos.*

6 *Quando per prorogationem expressam jurisdictio fundata intelligatur, ubi declarantur l. 22. §. 5. ff. sol. matr. & l. 4. C. hoc tit.*

7 *Quando tacite jurisdictio prorogata censeatur.*

8 *Et an opposita exceptione dilatoria.*

9 *Non consentire, qui per errorem alium adeunt, aut viribus prætura compulsi.*

11 *Quid in personis ecclesiasticis & studiosis: ubi & jus harum regionum.*

12 *Effectus jurisdictionis prorogatæ.*

13 *Alia jurisdictionis divisio, eaque gemina.*

IGitur duabus prioribus jurisdictionis prorogandæ formis, de loco ad locum, de tempore ad tempus, hinc remotis, supersunt duæ posteriores, quarum altera de re ad rem sive de causa ad causam, altera de persona ad personam interpretibus nostris dicitur: atque utriusque hujus speciei etiam apud veteres usus fuit. Posse jurisdictionem de re ad rem prorogari constat ex *l. de qua re. 74. §. 1. ff de judic. l. inter convenientes. 28. ff. ad munic.*

1 Cæterum & hæc prorogatio intra terminos suos cohibenda. Et primo necesse est, ut causæ sint ejusdem naturæ, nec genere summo tantum conveniant, ut causæ civiles & criminales. Nam qui civilibus duntaxat præest, is ex prorogatione de criminalibus cognoscere non potest. *l. 1. C. ubi caus. Fiscal. Sichard. in l. 1. C. hoc tit. n. 8.* neque qui criminalibus tantum, vi prorogationis de re pecuniaria jus dicere. *l. solemus 61. §. 1. ff. de judic.* Sed nec ejus, cui certarum causarum criminalium cognitio concessa est, audientia ad alias causas, licet ejusdem generis, prorogari potest: quoniam in causis, quæ aliis exercendæ mandari non possunt, nec locus esse potest prorogationi Doctorum quidem communis sententia est, posse jurisdictionem criminalem prorogari, modo is, de cujus jurisdictione proroganda agitur, habeat jus cognoscendi de crimine, cujus quis reus postulatur. *Gail. t. 1 O. de pac. publ. n. 10.* at hæc non causæ ad causam, sed de persona ad personam prorogatio est.

2 Illud hic scio quæsitum esse, si de aliis causis pecuniariis, quam quibus præfectus est, judex aditus sit, an semper hoc casu consensu partium prorogetur illius jurisdictio. Ego interesse arbitror, utrum genere causarum definita sit jurisdictio, an summa aut quantitate: si genere causarum, extra illas causas jurisdictionem prorogatione non extendi. Ut ecce. si prætor tutelaris aut fidei commissarius de aliis causis, quam quæ ad jurisdictionem eorum pertinent, aditi fuerint, nego eos de hujusmodi causis ex consensu partium cognoscere posse; ne sit in potestate privatorum novam alicui jurisdictionem dare. Quod autem legimus posse alium prætorem

pro

pro alio, cujus jurisdictio est, adiri, ut in *l. si per errorem. 15. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit.* Id sic accipiendum est, si utriusque jurisdictio sit indefinita, puta si prætor peregrinus aditus sit pro urbano, aut contra, uti hoc etiam accepit Glossa. Neque obstat huic distinctioni *l. 1. C. hoc tit.* Nam & procuratoris fisci generalis est jurisdictio in causis civilibus: quod vero hactenus ea restricta est, ut tantum privatos inter & fiscum procurator cognoscat, id non debet impedire facultatem prorogandi. Pertinent ergo hæ formæ prorogationis ad eam, quæ de persona ad personam vulgo appellatur. Atque hanc etiam arbitror esse sententiam plerorumque interpretum, *Gloss. in d. l. inter convenientes. 28. ad munic. Panorm. in c. P. & G. de offic. & pot. jud. del. Jas. in d. l. si per errorem. hoc tit. col. 1. Costal. in l. solemus. 61. §. 1. ff. de judic. Sichard. in d. l. C. hoc tit. n. 8.* qui omnes definiunt, prorogationem fieri non posse in rebus diversi generis, & exempli gratia, non posse judicis, cui de controversiis certarum mercium cognitio data est, jurisdictionem ad aliud genus mercium prorogari.

3 Quod si summa aut quantitate definita sit alicujus jurisdictio, hic prorogationem admittimus, propter connexionem & affinitatem, quia fit in eodem genere: quanquam ex hac prorogatione ius de majori summa cognoscendi consequatur, qui jure ordinario de minore duntaxat cognoscit, *l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic. l. 28. ad munic.* Quamvis igitur, ut ex *Quintil. lib. 3. c. 6.* discimus, fidei commissorum jurisdictio ita partita fuit, ut prætor fideicommissarius usque ad certam summam de his cognosceret, de majore summa consules jus dicerent, quod & firmat locus Ulpiani *in fragm. tit. 25. §. 10.* tamen hic ex consensu partium prætori jurisdictio prorogari, & de summa etiam prætoria cognitione majore adiri prætor potuit. Putavere nonnulli in *d. l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic.* agi de simplice & pedaneo judice, sicut in *d. l. 2. §. 2. ff. eod. tit.* sed falso. Nam, ut præcedenti quoque capite monuimus, pedaneo judici, χαμαιδικαστῇ unus aliquis actus tantummodo committi solet, præscripta certa formula & reservata danti potestate exequendi. At in *d. l. de qua re. §. 1.* non agitur de judice, cui unius alicujus causæ cognitio forte permissa, ut in *d. l. 2. §. 1.* sed de tali, qui publice constitutus est cum potestate causas omnes incidentes definiendi; quanquam usque ad certam duntaxat summam; ac proinde de eo, qui simul sit δικαιοδότης magistratumque gerat. *fac. l. 28. ad munic.*

Superest species prorogationis notissima atque usitatissima de persona ad personam, de qua tractatur in *l. si per errorem. 15. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit. l. 1. l. 2. pr. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. hoc tit.* atque ad hanc fere solum pertinet distinctio prorogationis in expressam & tacitam, quæ in hac disputatione maxime principalis est. Si id quod brevi definitione complexus est Ulpianus *l. 1. ff. de judic.* paulo latius explicuerimus, poterit res tota facile percipi. Ait, *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.*

5 Subjicit quis se jurisdictioni alicujus vel expresse, vel tacite, id est, vel aperta conventione, vel re ipsa & facto. Conventio hæc aut nuda est & simplex aut justa & legitima. Qui simpliciter extra judicium in alium judicem consensit, sententiam mutare, prius quam is adeatur, impune potest: nempe ubi de proroganda jurisdictione judicis incompetentis & de paciscente obligando agitur: breviter si convenerit, ut alterius jurisdictionem subeat, *d. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit. junct. l. 7. §. 4. ff. de pact.* Quando autem paciscendo non id egit, ut se alterius jurisdictioni subjiceret, sed ne fori præscriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet, hæc pactio exceptione aut replicatione servari potest. *l. pen. C. de pact. & ibi Salic. n. 3. Donell. n. 4.* Quippe longe aliud est, renunciare privilegio, quo quis foro alterius eximitur aliud se subjicere jurisdictioni ejus; ad quem communi jure res non pertinet. In priore specie pollicetur quis se iturum ad judicem, ad quem jure communi ire non cogebatur: in posteriore, quæ species est *d. l. pen.* pollicetur aliquis se ad eum judicem non iturum, ad quem jure poterat revocare. Et hic quidem non utetur judice, ad quem revocare alias potuisset: sed tamen relinquitur ei judex, cujus esset jurisdictio, si privilegio donatus non esset. Ille autem principaliter paciscitur se alterius prætoris jurisdictionem subiturum. vide Glos. Bart. Jas. Bus. in *d. l. 18.* Vult. in *l. 1. C. hoc tit.* Justa autem & legitima conventio, qualis jure civili est stipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea nascitur, non potest. Non utique, quod is, qui id justa conventione caverit, districte cogatur judicis, cujus se jurisdictioni subjecit, audientiam sequi: sed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod interest adversarii, aut pœna subjecta adversus eum committatur, ut tenent omnes *DD. in d. l. si convenerit. 18. hoc tit. teste Zas. ibid. n. 12.* exceptis Cujacio & Coratio. Hodie autem hæc conventionum distinctio supervacua est, cum etiam nudo ex pacto actio nunc nascatur, juxta scita juris Canonici *c. 2. & c. 3. x. de pact.* Apud Batavos ex *noviss. ampliat. Instr. Cur. holl. n. 5. & 6.* prorogatio jurisdictionis facta verbis generalibus, *onder verbant van alle rechten ende rechteren,* vim nullam habet, nisi contrahentes nominatim quoque Curiæ sese subjecerint, & de majori summa, quam 50. aut 100. florenorum, controversia sit, sicut latius ibidem cautum. Neque tamen aliter extranei seu forenses virtute submissionis ad Curiam vocari possunt, quam si in ejusdem Curie territorio inventi, & citatio ipsis insinuata fuerit. per ea, quæ Sande *lib. 1. tit. 1. defin. 3. Groeneweg. de ll. abrog. ad l. 1. ff. de judic. & tit. C. ubi conv. qui cert. loc.*

6 Enimvero si ex conventione litigatores etiam prætorem adierint, isque partes suas interponere cœperit, tunc ex ratione juris nostri jurisdictio prorogata intelligitur, etiamsi lis nondum contestata sit. *d. l. si convenerit. ff. hoc tit. Vult. ad l. 1. C. hoc tit. n. 152. Bachov. de jurisd. prorog. n. 12.* Doctores quidem communiter ad hoc etiam litis contestationem requirunt, *arg. l. si cum dotem. 22. §. 5. ff. solut. matrim. & l. 4. C. hoc tit.* sed ex neutro horum locorum efficitur, quod volunt. In *d. l. 22. §. 5.*

sol.

sol. matrim. quæritur, quo tempore filia patri dotem repetenti consentire debeat, & respondet jurisconsultus, quo lis contestatur: si vero ante dixerit se patri consentire, & prius quam lis contestetur, mutaverit voluntatem, frustra patrem agere. Ex hoc autem loco minime probatur, lite demum contestata jurisdictionem fundari per prorogationem expressam; hoc enim nihil commune habet cum isto. Et si procedere velimus argumentationem, ponendus esset casus, quo filia in jure patri consensisset. Adde quod per consensum filiæ inducatur quædam actionis cessio, & junge *l. 3. C. de novat.* Alter autem locus, nempe *l. 4. C. hoc tit.* intelligendus est de prorogatione tacita: expressæ vero ut plus tribuatur, ratio suadet: durumque omnino est *d. l. si convenerit. ff. hoc tit.* accipi de litis contestatione, qui actus fere ultimus erat eorum, quæ in jure apud prætorem expediebantur. Cujacius *tract. 7. ad Afric. in pr.* putat ad prorogandam jurisdictionem sufficere stipulationem, Coralius *lib. 4. misc. c. 5.* etiam quancunque conventionem, licet judex nondum aditus sit. errore manifesto, cum Africanus in *d. l. si convenerit.* utrumque expresse requirat, & conventionem litigatorum, & eorundem ad judicem aditionem. argumentis eorum occurrit Vultejus *ubi sup. n. 145. & seqq.* Sed & quivis nostra legens tantundem præstabit.

7 Re ipsa & facto se quis subjicit jurisdictioni alicujus, si ad non suum judicem vocatus, audientiam ejus elegit, id est, actionem suscepit, sive litem contestatus est, omissa fori præscriptione. *l. sed & si. 52. ff. de judic. l. 4. C. hoc tit.* Cæterum ante litis contestationem si reus quid dixerit aut fecerit, verbi causa, si desideraverit sibi edi genus actionis, non videtur in judicem consensisse. *l. non videtur. 33. ff. de judic.* Nemo enim editionem actionis postulat, ut neget, quod intenditur; sed ut cognoscat, qua actione conveniatur, eoque cognito secum deliberet, utrum cedere, an judicio contendere sibi magis expediat. *l. 1. ff. de edend. Ioan. & Azo in l. 1. ff. de judic. Zasius ad l. si convenerit. 18. n. 3. & 4. hoc tit.* Itaque duæ res hic reum jurisdictioni subjiciunt, susceptio judicii quasi ex contractu. *arg. l. 3. §. idem scribit. 11. ff. de pecul.* deinde fori præscriptionis initio litis opponendæ omissio. *l. ult. C. de except.* aut verius sola litis contestatio.

8 Interpretes nostri etiam exceptione dilatoria opposita jurisdictionem tacite prorogari censent, quasi & hoc modo lis contestetur, & ideo suadent, ut reus comparens, si hujusmodi exceptionem proponere velit, utatur protestatione de non proroganda jurisdictione, nisi quatenus jure teneatur. *Zas. in d. l. 18. n. 29. Salic. in l. 1. C. hoc tit. n. 4. Sich. ibid. n. 7. Mynſ. 4. obſ. 27. Gail. 1. obſ. 31. n. 11. &c.* verum hoc non esse juris nostri civilis rationi consentaneum bene ostendit *Bachov. de jurisd. proroq. n. 13.* ut ut forte in praxi observetur.

9 Ait Ulpianus in *d. l. 1. ff. de judic. & consentiant, in consentientes &c.* nam si quis alium judicem pro alio adierit, putans ejus jurisdictionem esse, cujus non erat, aut viribus præturæ compulsus admiserit, non valebit, quod actum est. *l. si per errorem. ff. hoc tit. l. 2. pr. ff. de judic.* Plane

 non

non aliorum hic consensum requirimus, quam ipsorum litigatorum, ac ne judicis quidem aditi *d.l.2.* §.1. quod latius expositum supra est, ut & reliqua definitionis propositæ.

10 In summa sive exterus quis, sive miles, sive paganus, sive studiosi, sive personæ ecclesiasticæ alterius judicis, quam ad cujus jurisdictionem pertinebant, audientiam ultro secuti fuerint, in consentientes cujusvis judicis est jurisdictio. *d. l. 1. ff. de judic. l. 1. C. hoc tit. l. pen. C. de pact.* dummodo jus dicat in sua territorio, & causæ, de quibus aditus est, ad jurisdictionem ejus pertineant.

11 Ecclesiasticis quidem personis proprii judices attributi posteriorum imperatorum constitutionibus. *l. placet.17. C. de episc. & cleric. auth. statuimus. C. de episc. audient.* uti & studiosis. *auth. habita. C. ne fil. pro patr.* sed ita ne inviti ad alios vocentur: nam quo minus alterius jurisdictioni ultro se subjiciant, & privilegio suo renuntient, nihil est impedimento. *d. l. pen. C. de pact.* Jus autem Canonicum ecclesiasticos jurisdictioni magistratus politici penitus exemit. *c. significasti. c. si diligenti. x. de for. competent.* sed hoc in ditionibus confœderati Belgii non observatur, ubi ministri ecclesiarum, aliæque personæ ecclesiasticæ pari jure cum laicis censentur, eundemque judicem agnoscunt. Imo nec jure civili Justinianeo episcopi jurisdictionem habent, quia nec forum, nec apparitionem, nec executionem, sed audientiam duntaxat, id est, cognitionem & judicium: idque habent tantum in clericos & monachos in causa religionis negotiove ecclesiastico, non in alios vel aliis in causis, nisi inter consentientes, ut patet ex *Novell. Valentin. de episcop. judic. & lib. 1. Cod. Justin. tit. 4.* qui ob id non de *episcopali jurisdictione*, sed *de episcopali audientia* inscriptus est. *Cujac. parat. C. eod. & plenius clariss. D. Theod. Granswinck. lib. de jur. majest. c. 5.* Dixerim autem studiosum aliaque membra Academiæ nostræ Leidensis non posse prorogare jurisdictionem magistratus urbani, propterea quod jurisdictioni Rectoris & assessorum privative subjiciuntur. *Art. 39. statut. Academ. Leidens.*

12 Effectus jurisdictionis prorogatæ hic est, ut tantum judex electus juris in consentientes habeat, quantum haberet, si jure ordinario ad jurisdictioné ejus pertinerent. Nam prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturæ & conditionis, cujus est ordinaria. Quamobrem si à judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata jurisdictione: si mandatam habuit, ea finita etiam finietur prorogata. *Vasq. 2. controv. us. freq. 14. n. 25.* Potest & aliis modis dividi jurisdictio, veluti in civilem & militarem, quæ penes magisterium potestatem est (nostratibus *den Crygs-raet*) *l. 6. C. h. t. l. 2. C. ubi quis de cur. cohors.* Item in minorem sive inferiorem, quæ etiam minoribus magistratibus competit; & superiorem sive eminentiorem, quam soli habent magistratus majores. cujus generis sunt, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, in integrum restituere, &c. atque hæc propter eminentiam magis imperii esse dicuntur, quam jurisdictionis. *l. 4. ff. h. t. l. 26. ad municip.* interdum imperii appellatione significantur. *l. 32. ff. de injur. l. 8. §. ult. ff. de offic. procons. l. 3. de offic. ejus. l. 12. §. 1. ff. de judic.*

CAP. XII.

Quibus modis jurisdictio finiatur.

SUMMARIUM.

1 *Quando prorogata jurisdictio finiatur.*
2 *Quibus modis finiatur mandata.*
3 *Quando res à delegato geri cœpta dicatur.*
4 *Quod juris si universa jurisdictio mandata, & negotium unum geri cœptum.*
5 *Revocatione quoque finiri jurisdictionem delegatam, etiam ubi jam res geri cœpta, adeoque lis contestata.*
6 *Mandata ad certum tempus aut causam quando solvatur.*
7 *Quibus modis extinguatur jurisdictio propria.*
8 *An præscriptione amittatur aut acquiratur jurisdictio.*
9 *An pro tuenda jurisdictione magistratui competat utilis actio confessoria aut negatoria.*

1 PRorogata jurisdictio, ut obiter de ea primum dicam, finitur soluta jurisdictione ejus: cujus prorogata erat, sive ea propria fuerit, sive mandata. *per l. 6. ff. hoc tit. l. 3. C. eod. junct. l. 1. ff. de judic.*

2 Mandata iisdem fere finitur modis, quibus & reliquarum rerum mandatum evanescit. Et morte quidem ejus, cui mandata est, finiri eam constat, cum & propria seu ordinaria jurisdictio una cum persona magistratus extinguatur. Cæterum etiam morte ejus, qui mandavit, finiri traditum est in *l. 6. ff. hoc tit.* nec est contrarium, quod ex sententia Scævolæ apud Paulum relatum est in *l. venditor. 49. §. 1. ff. de judic.* judices à præside datos etiam in tempus successorum ejus durare: nam alia judicum datorum ratio est; alia ejus cui mandata est jurisdictio: illi suo jure cognoscunt, hic alterius vice fungitur. Nam cum de plerisque causis magistratus ipsi non cognoscerent, sed exigente ordinario & usitato more judiciorum judices in iis darent, hi judices, utpote quasi ab ipso officio constituti, in judicando non fungebantur partibus magistratus, qui eos dederat; sed ex quo dati erant, notio eorum propria facta intelligebatur: secus autem est in jurisdictione mandata. Atque hoc verum esse vel ex eo liquet, quod à sententiis judicum datorum appellantur ipsi magistratus, qui eos dederunt: à sententia autem ejus, cui mandata est jurisdictio, is, qui provocaretur ab eo, qui mandavit. *l. 1. §. 1. l. 3. quis à quo app.*

3 Una hic exceptio, si ante mortem mandantis jam res geri cœpta sit *d. l. 6. hoc tit.* quod plerique sic acceperant, si is, cui mandata erat jurisdictio, à partibus aditus fuerit. aut si jam præcesserit in jus vocatio juxta mores hodiernos facta per apparitorem & parti insinuata. *Zas. in l. 6. hoc tit. n. 57. & seqq. post Bart. ibid. n. 13. Bald. n. 5. & 6. Ias. col. 11. per a contrario n. 23. de offi. de leg. Gail. 1. obs. 74. n. 19.* Atque hoc etiam puto satis defendi posse ex ratione juris nostri, *arg. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit. l. 7. ff. de judic.* licet alii tunc demum rem geri cœptam interpretentur, cum lis est contestata. *Cyn. in d. l. 5. n. 18.*

4 Sed quid si universa jurisdictio mandata fuerit, & forte in una aliqua causa negotium geri cœptum? Ratio non permittit, ut dicamus etiam

 in

in cæteris nondum exerceri cœptis post mortem delegantis durare jurisdictionem delegari, ut novas causas audire adhuc possit, sed in illa duntaxat una, quam gerere cœpit. *add. Zas. in d. l. 5. hoc tit. n. 63.*

5 Porro non ambigitur, quin revocatione quoque finiatur mandata jurisdictio, per §. *item si. 10. Inst. de mand. & fac. arg. in l. 6. §. 1. ff. de offic. procons.* ubi tanquam speciale notatur, quod proconsul non nisi consulto Principe jurisdictionem legato mandatam revocare queat. Quinimo hoc amplius etiam post quam res geri cœpta est, adeoque post litem quoque contestatam posse mandatam jurisdictionem revocari existimo; idque vel ab eo ipso, qui mandavit, vel à successore ejus: quippe cum nullum hic aut delegari aut partium versetur præjudicium: in quo delegatio jurisdictionis dissimilis est mandato procuratorio, ut bene observavit *Zas. in l. 5. n. 55. hoc tit.* nec simpliciter ergo procedit argumentatio ex *l. 6. cod.* a procuratore ad delegatum jurisdictionis.

6 Denique si ad certum tempus alicui mandata sit jurisdictio, solo temporis lapsu extinguitur, sicut ea, quæ ad certam causam delegata est, expirat fine negotio imposito. *Bocer. c. 5. n. 62.*

7 Propria jurisdictio seu ordinaria magistratus potestas tunc solvitur, cum magistratus officium deposuit vel successorem accepit, aut ipse mortuus est: morte autem Principis non finitur, *arg. l. 6. hoc tit. Bodin. 3. de repub. 2.* Et quia ordinariæ similis est ea, quam Princeps alicui extra ordinem delegavit, nec hanc morte Principis solvi recte statuunt interpretes, sicut nec merum imperium, quod specialiter à Principe concedi soleat, per ea, quæ supra *cap. 4.* Patrimonialis autem jurisdictio etiam ad heredes transit; sed talem nudi magistratus non habent.

8 Quæsitum est, an & præscriptione amittatur jurisdictio: sed hujus quæstionis decisio pendet ab alia, nempe an jurisdictio præscriptione possit acquiri: prius enim est, ut ita acquiri queat, quam ut eo modo amitti eam dicamus. Interpretes vulgo statuunt jurisdictionem non tantum dari posse ab iis, penes quos est summa in repub. potestas: verum etiam acquiri eam posse præscriptione longissimi temporis, nimirum triginta aut quadraginta annorum. Cæterum hæc sententia cautione indiget, & non una distinctione. Nam primum removendæ hinc sunt personæ privatæ, quippe quæ jurisdictionem præsertim in iis, quæ sunt majoris momenti, & regalia tangunt, usurpantes, in gravissimum incidunt crimen, & lege Julia majestatis tenentur. *l. 3. ff. ad leg. Iul. majest.* Deinde & inter personas eorum distinguendum est, qui magistratum gerunt: Etenim qui simplex est & nudus magistratus, nihil hic sibi præscriptione quærere potest; sed tantum ratione officii, scilicet ut id latius extendatur, & huic quasi acquiratur. Ut ecce. si præfectus aliquis extra fines territorii sui aliquamdiu jus dixerit sine cujusquam impedimento, acquiritur ipsi præfecturæ ex longo tempore latior jurisdictio, cujusmodi fere species est, quæ proponitur *in l. viros spectabiles. 8. C. de div. off. & appar. lib. 12.* At enim hæc acquisitio non magni momenti est, cum Princeps pro arbitrio suo veteres jurisdictionis terminos possit restituere. Itaque quæstio hæc ad toparchas ferè solum pertinet, id est, ad magistra-

suo,

tus, qui simul sunt quasi domini territorii, qui jus perpetuum & transmissibile, seu jurisdictionem patrimonialem, ut nunc vulgo loquuntur, habent. Hi sane jurisdictionem suam vi præscriptionis amittere, uti & proferre atque extendere possunt; nec civilem tantum, verum etiam criminalem, ut Comites, Barones, Nobiles in Belgio, Germania & alibi. *Ias. in l. 3. ff. hoc.tit. col. 7. & 10. Muscorn. de jurisd. n. 227. Bald. part. 2. de præscr. quæst. 12.* & utique spatio 30 annorum per *c. 1. §. si quis per 30. annos. si de feud. defunct. content.* nostri mores trientem seculi desiderant. de quo post alios Groenew. *ad rubr. C. de præsc. 30. ann. & ad d. §. si quis per.* Atque his terminis positis poterit & conventionibus acquiri atque a nitti jurisdictio, ut sæpe videmus castra & pagos integros permutari ac vendi.

9 Atque secundum hos eosdem terminos, ubi scilicet jurisdictio patrimonialis est, etiam recte defenditur, quod vulgo DD. tradunt, pro tuenda jurisdictione competere magistratui actionem confessoriam & negatoriam, utilem nempe seu quasi, *Io Fab. Plat. Ias. Schneid. in §. æque. 2. Inst. de act. VVesemb. par. hic. n. 13.* Cæterum ex ratione juris nostri si magistratus aliquis turbetur in exercenda jurisdictione sua pro defendenda ea actionem non habet: sed si ipse se tueri non potest, Principem adire, remque ad eum referre debet, ut recte *Bachov. ad hunc. tit. c. de effect. jurisd.*

ARN. VINNII JC.

TRACTATUS DE PACTIS.

Cap. I.

Quid pactum, pactio: conventio, pactum conventum.

1 *Pacti & pactionis definitio.*
2 *Pactum & pactio idem. & n. 5.*
3 *Pactum generali significatione idem, quod conventio. & n. 7.*
4 *Actu plus est in specie, quam in genere: genus, symbolum communis specierum essentiæ.*
6 *Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.*
8 *Prætorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.*
9 *Pacta conventa quomodo prætor servet.*
10 *Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium.*
11 *Quid sit illud* in idem.
12 *Pactum speciali significatione passim pro pacto nudo.*
13 *Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per se positum.*
14 *Pactum conventum proprie non est pactum ἔγγραφον.*
15 *Quod nostris pactum conventum dicitur, Græci Iurisconsulti reddiderunt σύμφωνον simpliciter.*
16 *Si quando pactum, aut pactum conventum pro instrumento pacti usurpatur, tropica locutio est, non propria.*

PACTUM sive pactio est duorum vel plurium in idem placitum & consensus. *Placitum & consensus.* Constant. Harmenop. *lib.1. tit.9. c.1.* *ἀρέσκεια καὶ συγκατάθεσις.* *Synops. Attaliatae tit.6.* *ἀρέσκεια καὶ συναίνεσις.* In Pandectis Florentinis legitur, *in idem placitum consensus.* Caeterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in *l. 1. §. 2. hoc tit.* & eodem modo ab eodem auctore pactum in *l. 3. de pollicit.*

2 Unde apparet utrumque idem esse, atque aequè late vocis utriusque significationem patere, contra quam existimat Duarenus ad *d. l. 1. §. 2. hoc tit.* In una *l. jurisgentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & aliquot. §§. seqq. eod.* plus sexies promiscuè pacti & pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto existit, sive obligationem ex actu paciscendi natam: sed sine ulla auctoritate, ullave vel in speciem probabili ratione. Nam in *l. 1. §. 1. eod.* tantum grammatica quaedam affertur deductio.

3 Sed & pactum generali significatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod & ipsum definitio pacti evidenter ostendit. Etenim si contractus quoque omnis est duorum vel plurium in idem consensus, necessariò unum ex his tribus sequitur, ut aut contractus idem sit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti species; atqui nec idem est, quod pactum, nec genus pacti, ac de eo inter omnes convenit: necesse igitur est pacti esse speciem.

4 Nihil officit, quod plus est in contractu, quam in pacto generaliter sumpto: nam semper actu plus est in specie, quam in genere. Quippe genus non est particeps differentiarum, *οὐ μετέχει τῶν διαφορῶν*, ut docet Aristoteles *Philos. 7. 12.* & ut Porphyrius *c. 3.* *διαφορά ἐστιν, ᾗ πλεονάζει τὸ εἶδος τοῦ γένους.* & mox, *τὸ γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς ὑφ' αὐτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν.* Id est, *genus quidem potentia omnes habet differentias, quae sub ipso sunt, actu vero nullas.* Etsi autem tota essentia speciei non est in genere: tota tamen generis essentia aequaliter inest in singulis speciebus; semperque genus, ut latius patens, de specie sua praedicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo est amplius quid, quam animal seu corpus animatum sentiens; omnis tamen homo est animal; è converso vero non omne animal est homo. Similiter contractus est aliquid amplius, quam pactum in genere sumptum, seu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus est pactum sive in plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum est contractus: verbi causa pactiones ad liberandum comparatae, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimae, nec non negotio alicui adjectae, licet sint pacta, contractus tamen non sunt. Unde Graeci Jurisconsulti pactum, quod *σύμφωνον* vocant, fieri dicunt *ἐπὶ τῷ συστῆσαι, ἢ διαλῦσαι*, ad contrahendum vel distrahendum: contractum vero *ἐπὶ τὸ συνιστᾶν ἐνοχήν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον*, ad constituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5 Hoc quod dicimus, verum esse manifeste quoque arguunt hi loci, *l. si*

domus

demps. 8. l. solent. 15. de prascript. verb. l. legem. 10. C. hoc tit. ubi inter pactum nudum & non nudum hæc distinctio ponitur, quod illud actionem non pariat, ex hoc autem nascatur actio præscriptis verbis. item *l. 6. C. de jur. dot.* in cujus specie matris pactum dicitur actionem præscriptis constituere Constat autem inter omnes actionem præscriptis verbis non dari, nisi *ἐκ συναλλάγματος*, *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* & *pass. tit. de prascr. verb.*

6 Adhæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma distinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. duo. 61. pro soc.* quo loco contractum de societate habitum palam est nominari pactum conventum societatis; & mox iterum pactum conventum de societate. Idem quoque evincitur ex eo, quod in *l. si unus. 27. §. 2. vers. idem dicemus. hoc tit.* Paulus scribit, consensu contractam obligationem, & re integra contrario pacto sublatam, veluti empti, novissimo pacto non resuscitari; sed id pactum proficere ad novum contractum. Quid enim hoc aliud est, quam si dixisset, posterius pactum novum esse contractum, novam emptionem? Sane sic idem ille hoc explicat *l. pacta conventa. 72. pr. vers. an idem. de contr. emt.* Item ex *l. traditionibus. 20. C. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo à traditione, etiam contractibus nominatis opponitur, veluti emptioni & venditioni; ac proinde illic appellatione pactorum certum est etiam contractus nominatos intelligi. *fac. §. 3. Inst. de empt.* Denique cum ususfructus & servitutes prædiorum dicuntur constitui pactionibus & stipulationibus, *§. 1. Inst. de usufr. §. ult. Inst. de serv. prad.* per pactiones necesse est, ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium aut jus aliquod in rem transferendum. Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti *c. 1. de pact. n. 6. & seqq.* nec non eorum quoque errori, qui asserunt in usu juris nostri non tantum pactum, pactionem, conventionem, sed etiam contractum pro eadem re sumi, nihilque interesse, contraxisse aliqui dicantur, an pacti esse vel convenisse: hoc enim non minus absurdum est, quam si quis dicat, idem significare genus & speciem, animal & hominem: pactio enim & conventio nomina sunt generis, contractus nomen speciei. Itaq; etsi qui contraxerunt, etiam pacti esse & convenisse recte dicuntur, quod solum probant: tamen ex converso non omnes, qui dicuntur pacti, dici possunt inisse contractum, ut non multo ante demonstratum est. & plenius demonstrabitur inferius. Venditant illi quidem opinionem suam etiam pro communi interpretum sententia: sed falso: & ne unum quidem reperiri credimus, qui idem asserat. aut qui neget, quod illi negant, ea quæ sub diversis vocibus idem significant, esse synonyma aut *ἰσοδυναμοῦντα*.

7 In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa. d. l. 7. §. ait prætor. ff. hoc tit.* Ulpianus interpres edicti definivit pactionem & conventionem, quæ verba in edicto non sunt: quod & ipsum certum argumentum est, pactionem, pactum conventionem, conventum idem valere & declarare, quemadmodum etiam convenire & paciscí plerumque pro eodem

dem dicimus. Sic promissum & promissio, præceptum & præceptio; jussus & jussio, inventum & inventio, & sexcenta hujuscemodi idem valent & significant: estque in hisce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hic quæret aliquis cum D. Cujacio, cur si pacti aut pactionis nomen æquè generale sit, atque conventionis, Ulpianus in *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id esse? Respondeo perperam ex eo colligi pactionis aut pacti verbum generale non esse: nam ex definitione, quæ præcedit, satis intelligitur hoc verbum generale esse: sed Jurisconsultus docere voluit etiam conventionis verbum generale esse, de quo prima fronte dubitari poterat propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio transigunt; quorum consensus & factum discessio potius, quam conventio videri potest, ut bene Donell. *ad Rubr. C. hoc tit. n.* 10.

8 At dices, huic sententiæ consequens est, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum esse videtur à sententia prætoris, qui pollicetur se pacta conventa servaturum, cum contractus satis jure valeant sine tuitione prætoris; & *ἄτοπον*, argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob causam positum sit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: sola autem eo pertineant pacta quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique esse, quod post edictum propositum omnis fere hoc titulo tractatio Jurisconsultorum sit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam subinde alia miscentur. Ita disputat Duarenus *comment. ad. l. 1. ff. hoc tit.* & *lib. 2. disput. c.* 8. Respondeo, hoc edicto edicens prætor de pactis conventis, edicere intelligitur de conventionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l. 1. §. 3. l. 7. pr. §. 1.* & *2. eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, si hoc solum prætor polliceretur se pacta conventa servaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta sunt; quod est ejusmodi, ut de contractibus fere solis statui necesse fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adversus has reus satis munitus est ipso jure. Porro illa exceptio doli aliave defensio, qua repellitur ex contractu agens æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod si vera esset sententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non esse pacta: sed illud potius, non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l. 7. §. quinimo. ff. hoc tit.*

9 Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa servabo*, sic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hæc aut illa ad servandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones aut actiones dando. *l. inter coheredes. 44. §. 1. fam. ercisc.* Contractus igitur servat prætor dando actionem: nam & actiones civiles solent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus *l. 1. ff. commod.* Servat conventiones alias seu pacta nuda, siquidem ad liberandum comparata sunt, dando exceptionem: si vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam si specialiter jure civili aut hono-

rario

tario confirmata sint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta. *l.6. l.7. §. quinimo. l. si tibi.17. §.2. ff. hoc tit. l.1. ff. de pecun. constit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda sunt, *Quod ejus per leges &c. licebit. arg. l.1. in fin. ff. ex quib. caus. maj.* Si vero dolo malo, adversus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis est, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure nostro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem nasci: nam tunc pacti verbum in specie sumitur pro pacto nudo, quomodo & passim absolute positum à veteribus accipitur. *d. l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. l. 10. C. eod. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Non enim novum est, ut idem verbum & generis nomen sit, & speciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis &c. satis probant.

10 Quod in definitione mentio fit duorum aut plurimum, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates. & itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel testantis voluntas, vel voventis aut offerentis promissum spectatur. *l.12. in fin. de legat. 1. l.2. l.3. de pollic.* Intelligo autem pollicitationem propriè dictam, id est, quæ fit reipub. Nam id nomen interdum etiam pro promissione stipulanti facta, & pro pacto convento accipitur. *l. ea quæ. 43. §.1. de contr. empt. l.1. §. pen. de dot. coll. l. 6. C. de dot. prom. l.5. C. de contr. stip.* Votum autem est pollicitatio Deo facta. *c.6. & 7. ext. de vot.* Cicero definit sponsionem, qua Deo obligamur.

11 *In idem* valet in eandem rem, quæ recipitur, id est, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi causa: nam ad materiam subjectam unumquodque referri debet. Neque enim verbi gratia, si duo jurisperiti, de aliqua juris quæstione consulti, idem responderint, talis consensus pactio aut pactum recte appellabitur Græci expresse addiderunt, ἐπὶ τῷ συνελθεῖν, ἤγουν συνθέσθαι, ἢ διαλυθῆναί τι.

12 Effectum igitur hactenus est verba hæc, *pactum. pactio, conventum, conventio*, vi sua generalia esse, ejusdemque omnia significationis. Cæterum, ut ante quoque dictum est, pacti nomen etiam specialem significationem habet & à veteribus passim pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur, usurpari solet: atque hoc etiam usu venit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum. l. 7. §. quinimo. l. si unus. 27. in fin. hoc tit. l. pacta conventa. 72. de contr. empt. l.4. l. ult. de pignor. cum simil'ib.*

13 Atque ego quidem existimo idem plane esse pactum conventum, quod pactum per se positum, nullaque in re alterum ab altero differre. Duo hæc substantiva, *pactum conventum*, junguntur plerumque ἀσυνδέτως, ut & alia quædam, veluti *æquum bonum, purum putum. sarta tecta*; idque fit rei magis explicandæ gratia κατὰ τὸ αὐτό. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcinn.* *Quæ judiciis, aut stipulationis. aut pacti & conventi formulæ non infirmari aut infringi potest, si ad verba rem deflectere velimus?* Juvenalis *satyr. 6.*

Conventum tamen & pactum, & sponsalia nostra
Tempestate paras.

Ubi non satis perite Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic. Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur.* & apud Paulum *lib.* 1. *recept sentent.* titulus primus inscribitur *de pactis & conventis*. Reipsa autem nihil intereit, utrumque, an alterum solummodo exprimatur.

14 Claudius Salmasius, seculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie esse id pactum, quod scriptura interveniente factum est, magistrisque juris omnibus exprobat hujus rei ignorantiam. *lib. de mod. usur. c.* 12. Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctissimo viro concedere non debeam, atque existimem injuste interpretes nostros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adversus summum virum, qua ille usus est adversus alios; nec abnuo, quin ille ipse mihi judex in hac causa detur. Primum illud satis constat, minime quadrare in propriam significationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro scripto aut conventionis instrumento. Deinde cum in edicto prætor ait se pacta conventa servaturum, non magis hoc ad pacta scripta pertinet, quam ad cætera: quemadmodum nec illud, quod dici solet, pacta conventa in continenti adjecta inesse bonæ fidei judicus. *l.* 7. §. *quinimo.* 5. *hoc tit.* Pacti conventi exceptio nostris non est exceptio pacti scripti, sed pacti cujuslibet seu justæ conventionis, uti & passim promiscue hæc nostri usurpant. Si quis mihi veterum scripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum* confundi atque pro eadem re sumi. Qui titulus in Pandectis inscribitur *de pactis dotalibus*, in Codice inscriptus est *de pactis conventis tam super dote, &c.* certum autem est utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἀγράφα, quam ad ἔγγραφα: nec ulla est in toto illo titulo Codicis constituito, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; sed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive instrumento interpositi.

Quinimo ipsa illa *l.* 4. *ff. de pignorib.* qua D. Salmasius utitur ad opinionis suæ confirmationem, eam perspicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Gaius, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypotheca nomine obligata. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est & in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur: & ideo & sine scriptura si convenit, ut hypothecæ sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Non ait Jurisconsultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis scriptura interveniente paciscitur, sed generaliter, cum quis paciscitur; ac proinde etiam cum paciscitur ἀγράφως. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil interesse, quibus verbis fiat, & posse etiam sine scriptura fieri, ac prorsus ita ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi consensus, in quibus, ut substantiam capit obligatio, sufficit consensum quomodocunque declarari. *l.* 2. *ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur loco Gaii non illud evincitur, quod contendit D. Salmasius, pactum conventum esse, quod scripto consignatum est, sed quod nos asserimus,

timus, pactum conventum Gajo idem esse, quod pactum simpliciter sive nudam conventionem: *fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana. 7. in fin. Inst. de action.* Quod si per pactum conventum intelligeret σύμφωνον γραμματεῖον, falsa esset collectio Jurisconsulti, sibique ipse contradiceret.

15 Sed neque Graeci Jurisconsulti, quod pactum conventum nostris dicitur, reddiderunt γραμματεῖον, ut idem vir illustris existimat; verum σύμφωνον simpliciter. Titulo Codicis *de pactis conventis tam super dote*, &c. respondet titulus apud Constantinum περὶ γαμικῶν συμφώνων, & in Basilicis περὶ προικὸς, καὶ τῶν περὶ αὐτὴν πάντων ἤτοι συμφώνων. Constantinus autem cum hypothecam hoc modo definit; ὑποθήκη μέν ἐστι τὸ παραδιδόμενον τῷ χρεώστῃ. ὑποτιθέμενον δὲ τῷ δανειστῇ ἢ εἰς τὸ γραμματεῖον, ὅπερ τῇ τοῦ χρεώστου ἱκανώσεως, non interpretatur locum aut verba Caji in *l. 4. ff. de pign. & hypoth.* sed exprimit sententiam Ulpiani in *l. 9. §. 2. ff. pign. act.* ubi Jurisconsultus inter pignus & hypothecam hoc ait interesse, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem transit, hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem: idque ita esse patet ex eo, quod mox apud Constantinum sequitur, ἐνέχυρον δὲ, τὸ ἐν χερσὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ. *Pignus autem est, quod creditori in manus traditur.* Idem alibi, κυρίως ἐνέχυρον λέγεται, τὸ παραδοθὲν τῷ δανειστῇ· τὸ δὲ μὴ παραδοθὲν, ἀλλὰ συμφωνηθὲν, ὑποθήκη ἐστίν. *Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero sine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca est.* Nimirum differentia pignoris & hypothecae non in eo consistit, quod haec ἐγγράφως, illud ἀγράφως contrahatur; sed quod haec pacto convento, id est, ψιλῷ συμφώνῳ, illud non nisi re tradita. *§. item Serviana. in fin. Inst. de action. §. ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. d. l. 9. §. 2. de pign. act.* instrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecae nihil attinet. Igitur ὡς γραμματεῖον Harmenopulo non est per pactum conventum, sed instrumento pacti conventi: quippe qui non ideo γραμματείου meminit, quod sine instrumento hypotheca non contrahitur, sed quia probationis causa scriptura fere adhiberi solet. *d. l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fid. instrum. cum simil.* In Basilicis autem *lib. 25. tit. 2.* sententia Caji in *d. l. 4. de pignor.* his verbis expressa est; ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν τῶν ἐνοχοποιούσης τῆς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συναινέσεως, οὕτω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ συνίσταται, οἱοσδήποτε ῥήμασι, καὶ ἀγράφως· τὸ γὰρ ἔγγραφον, διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται, &c. Id est, *quemadmodum in obligationibus fit, ut obligatio astringat de re qualibet consentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuscunque verbis, etiam citra scripturam: nam scripturae probationis causa fiunt*, &c.

16 Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores usurpari pro instrumento, in quo pactum conventum descriptum est, uti & apud Ulpianum in *l. duo societatem. 71. ff. pro soc.* sed tropica ista locutio est, non propria, sumpto per metonymiam contento pro continente; ejusdemque tropi usus occurrit etiam in voce *pactum l. 7. §. quod fere. 12. ff. hoc tit.* ibi *quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri.* id est, novissima parte instrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit

pactum

pactum propriè esse conventionem scriptam. sic per eandem figuram lex accipitur pro tabulis legis. *l. cum debere.* 33. *ff. de serv. præd. urb. l. si in lege.* 24. *ff. locat.* & passim apud alios cautio & obligatio pro chirographo. *l. lecta.* 40. *ff. de reb. cred. l.* 5. *ff. fam. ercisc. l. ult. C. de cond. ex leg. l.* 7. *C. de non num. pec.* stipulatio pro stipulationis instrumento. *l.* 1. *§. pen. ff. de edend.* Cicero, *partitionib. Scriptorum privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex, senatusconsultum, fœdus. Privatum tabula, pactum conventum, stipulatio.* Græcis quoque familiare est, ut συμβόλαια ἔγγραφα, sive καταγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων, instrumenta pactorum ac conventionum appellent συμβόλαια simpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam cæteris, quæ à D. Salmasio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

CAP. II.

De pactis seu conventionibus publicis.

1 *Publica conventio quid, & à quibus fiat. & N. 4*
2 *An Princeps pacem cum hostibus faciens privatorum injurias ob causam belli acceptas remittere possit.*
3 *Privatæ conventionis species est, cum Princeps contrahit cum subditis emendo, vendendo &c.*
5 *Duces belli citra speciale mandatum pacem aut inducias facere non possunt.*
6 *De quibus rebus duces belli rectè paciscantur.*

PActorum sive conventionum quædam publicæ sunt, quædam privatæ, *l. conventionum.* 5. *ff. hoc. tit.* De conventionibus publicis parcius disseremus, quoniam ista disputatio Politicorum tota propria est: Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & sententiæ illustrium Scriptorum, cum Philosophorum & Historicorum, tum Oratorum etiam & Poëtarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere à Jurisconsulto hodie non expectatur, si causas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1 Publica conventio, definitore Ulpiano in *l. conventionum.* 5. *ff. hoc tit.* est, quæ fit ex causa publica. Hujusmodi autem pactorum faciendorum potestas penes eos solos est, qui summæ rei præsunt, aut qui eam potestatem ab his, quorum ea propria est, acceperunt. Ulpianus *d. l.* 5. quid sit publica pactio declarat duobus exemplis. *Publica*, inquit, *conventio est, quæ fit per Principem*, (ita enim omnino legendum est cum Russardo, non *per pacem*, quod idoneum sensum non habet.) *aut quoties inter se duces belli quædam paciscuntur.* Græci hunc locum sic reddunt, δημόσια δὲ (σύμφωνα) τὰ περὶ ἐξουσιαστῶν μετὰ ἡγεμόνων ἰδιῶν, πρὸς εἰρήνην τυχὸν, ἢ ἄλλό τι τοιοῦτον. *publica conventiones sunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale.* Et quidem dubium non est, quin Princeps de negotiis ad rempub. spectantibus rectè atque utiliter paciscatur, sive pacem sive aliud quodcunque fœdus cum hostibus faciat: siquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum est, quorum est bellum, cum suæ quisque rei moderator sit atque arbiter.

2 Sed

2 Sed quæritur, pacem faciendo cum hostibus, an privatorum damna atque injurias ob causam belli acceptas remittere possit? Et puto posse. arg. *l. 1. §. 2.* in verbis, *sunt enim quadam publice utilia. ff. de just. & jure. c. in nostra.* ibi *pro bono concordia. ext. de injur.* Atque omnino concludimus remissionem favore publicæ pacis factam, etiamsi facta sit invitis subditis, valere, si aliter discordiæ sedari & pax haberi nequeat: & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore possessa sunt, quæ si a possessoribus auferantur, multa concuti & perturbari necesse sit. Optimæ conciliationes sunt, quæ iram & offensarum memoriam delent, & ut ait Isocrates *Plataic.* εἰρήνης οὔσης οὐ πρέπει μνησικακεῖν περὶ τῶν πρὶν γεγενημένων, *in pace non decet ante malorum recordari.* Et omnino in fœderibus ineundis non tam cogitandum est de sarcienda in præsens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, sed ad auferenda mala conveniunt; bello iterum implicentur, ut disputat Dionys. Halicarnassensis *lib. 3.* Exemplum habemus apud Val. Maximum *lib. 4. c. de animi moderatione*, de Thrasybulo, qui cum civitatem Atheniensium triginta tyrannorum sævitia liberasset, plebiscitum interposuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio ἀμνηστία ab ipsis vocitata est. Quod exemplum M. Tullius aliquando Romæ publico otio consulere volens sequendum esse censuit, *Philipp. 1. in princ. Bodin. lib. 2. de repub. c. 5. & lib. 5. c. 6. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 20. Duar. ad l. 5. ff. hoc tit. Gail. 2. obs. 57. & de pace publ. n. 25. Matt. Cuno tract. de pact. c. 22. per tot. vide & Vasq. 1. contr. 4.*

3 Pacti vero non publici, sed privati species est, cum Princeps paciscitur aut contrahit cum subditis, verbi causa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, qua Princeps: & verissimum est, quod vulgo jactatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus solutus esse dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus observantiam adstringi non debeat. Lex naturalis est, quæ fidem servare jubet: qua proinde neque populi consensu, neque senatus auctoritate solvi potest.

4 Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus *d. l. 5. hoc tit.* de ducibus belli inter se paciscentibus. Non tantum igitur Princeps, sive, qui summum imperium habent, pacta cum hostibus jure publicæ utilitatis causa possunt: verum etiam ducibus belli idem permissum est. Cæterum belli duces non nisi de iis rebus, quæ ad administrationem belli pertinent, deque his, quæ ipsis concessa intelliguntur, jure pacisci possunt. Unde petenda decisio quæstionis, quæ ab interpretibus movetur, an a ducibus belli citra principis aut populi consensum, cujus nomine & auspiciis bellum geritur, pax aut induciæ constitui possint.

5 Dicendum enim est non posse, nisi hoc specialiter iis concessum sit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in universum belli gerendi cura commissa sit, pacem cum hostibus faciendo, fines mandati & muneris sui excedere; neque enim belli gerendi pars est, bellum finire. Agesilai responsum ad Persas fuit, εἰρήνης τὴν πόλιν εἶναι κυρίαν, *pacis arbitrium penes civitatem esse.* Eumenes apud Livium *lib. 37.* *Qui rata ista pax*

erit,

erit, quam non ex auctoritate senatus, non jussu populi Romani peregerimus? Et Sallustius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater consul Albinus Romam proficiscitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus* inquit, *uti par fuerat, decernit, suo atque populi injussu nullum potuisse fœdus fieri.* Ac pari de causa nec Caudina, nec Numantiana sponsio populum Romanum obligavit.

6 Plane inducias dare ducum est, nec summorum tantum, sed etiam minorum, sed iis solum, quos oppugnant, aut obsessos tenent & se suasque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli historia apud Livium *lib.*24. declarat. Manifeste igitur Bartolus in *d. l.*5. *hoc tit.* cum simpliciter pronuntiat, ducem belli, aut, ut ipse loquitur; capitaneum guerræ posse facere treugam seu inducias indicere. Rursum ducibus non competit homines, imperia, agros bello quæsitos concedere; qua de causa Syria Tigrani adempta, quamquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda sunt, jus aliquod concedi ducibus videmus, non tamen ex vi potestatis, quam cujusque populi moribus. Enimvero nondum quæsita condonare omnino in ducum est potestate: quia homines cum oppidis sæpe se dedunt sub conditionibus vitæ salvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus summæ potestatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitor *Grot. lib.*3. *de jur. belli & pac. c.*22. *add. Bodin. lib.* 5. *de repub. c.*6.

CAP. III.

An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit.

1 *Etiam hostibus fidem datam servandam esse.*
2 *Dolus malus est post fidem datam hostem fallere.*
3 *Explicatio l.*2. *C. de commerc. & mercat.*
4 *Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.*
5 *Permissionem impunitatis factam atrox aliquod facinus deregentibus servandam esse.*

Fidei observatio est ex jure gentium. *l.* 1. *ff. hoc tit. l. cum amplius.* 84. §.1. *de reg. jur. l. bona fides.*31. *ff. depos.* Itaque cum jure gentium quælibet justa pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hosti fidem datam servandam esse: nam & cum hostibus jus gentium colitur. *l. ult. ff. de legationibus.* Utique enim si cum hostibus quoque sit communio juris gentium, cum iisdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio sit necesse est. Silius Italicus *lib.*25.

Optimus ille
Militiæ, cui postremum primumque tueri
Inter bella fidem.

Denique si fidem hostibus datam contemnere, liceat, nihil aliud inde sequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occurritur ex Ulpiano *l.*1. §.3. *ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum esse, & pro solertia haberi, si quis contra hostem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non absimile illud Augustini in *c. dominus caus.* 23. *quæst.* 2. *In*

justo

justo bello ad justitiam nihil interest, aperte an ex insidiis pugnetur. Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo discrimine virtutis ac doli prosperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2 Respondeo, id verum esse concedo, antequam fides data est: at fides semel data servanda est, quia cum hoste jus gentium colimus. Augustinus *Epist.1. ad Bonifacium.* cujus fragmentum relatum est in *c. nolo. caus.23. quæst. 2. Fides*, inquit, *quando promittitur, etiam hosti servanda est, contra quem bellum geritur.* Hinc est, quod qui legatos hostium violant, eos jus gentium violare apud auctores passim legimus. *d. l. ult. de legation. Liv. lib.15. & 31. Cic. Verrin.3.* Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacta eluserunt, & perfidiæ velamentum quæsiverunt Thraces, qui olim pacti aliquot dierum inducias, noctu excursiones agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves dissecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam post fidem datam adhibetur, malus est, cum contra si fides hosti data non sit, licita sit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *l.11.*

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

3 Udalricus Zasius objicit huic sententiæ *l.2. C. de commerc. & mercat.* Sed satis constat etiam cum barbaris juris gentium communionem esse. *l. Divus Hadrianus.6. in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud est, aurum illis subtili ingenio & arte honesta subducere, quod licet; aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare, quod & hodie in Anglia, Hispania, & alibi non licet. & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπόῤῥητα, nimirum τὰ ἀπειρημένα ἐξάγεσθαι, quæ vetita erant è terra Attica exportari, ut πᾶσα ἡ ναυπηγήσιμος, ὕλη, abies, pix, stuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4 Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non sunt justi & legitimi hostes. *l. hostes sunt.24. ff. de capt. & post lim.* Cæterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis est communio juris gentium. *l. bona fides.31. ff. depos.* Nō habent quidem isti specialem istam communionem, quā inter hostes in bello solenni introduxit jus gentium; attamen quia homines sunt, communionē habent juris naturæ, ex quo nascitur, ut pacta sint servanda. Cæsar *lib.5. de bell. civil.* aperte scribit, actum à Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cū prædonibus & fugitivis de compositione, legatosq; ad eos missos fuisse. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitus, & sedes, in quibus sine rapto viverent: & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem servatam à Lucullo: alii id genus alia. At nequies, qui atrociter malefici sunt, neque pars sunt ullius civitatis, hi à quovis homine puniri possunt, si jus naturæ respiciamus. Qui vero puniri possunt, ut vitam amittāt, his etiam & res & jura sua possunt auferri: neque enim est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare, ut recte disputat Cicero *lib. 3. de off.*

de offic. Inter jura autem est etiam hoc jus ex promisso quæsitum : potest igitur & hoc ei in pœnam auferri. Respondeo processurum hoc, si non tanquam cum maleficio actum esset : at siquando cum tali, qua talis est, actum est, simul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum censeri debet: quia semper ea sumenda interpretatio est, quæ cavet ne actus in vanum recidat. *l. quotiens. 12. l. ubi. 21. de reb. dub.* Non male apud Livium *lib. 34.* Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc respondere possum, me qualiscunque sum, eundem esse, qui fui, cum tu ipse mecum, T. Quinti, societatem pepigisti.* & mox : *Iam feceram hæc, qualiacunque sunt, cum societatem mecum pepigistis.* addit, *Si quid ergo mutassem, mihi meæ inconstantiæ; cum vos mutetis, vobis vestra ratio reddenda est. Grot. lib. 3. de jur. bell. c. 19. n. 3.* & *seqq.*

5 Quid dicendum de magistratibus, qui conjurationem in rempub. aliudve atrox facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur; Nimirum quibus fides publica ob hujusmodi causam datur, eos non decipi non modo suadere rationem naturalem, verum etiam civilem quandam, ne scilicet cæteri in futurum ad similia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone consule faciendum decrevit. *add. Bodin. lib. 5. de repub. c. 6. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 19. & 4. seqq. Hotom. illustr. contr. c. 7. Cunon. tract. de pact. c. 29. n. 35. & seqq.*

CAP. IV.

De pactis legitimis.

SUMMARIUM.

1 *Legitima conventio quid.*
2 *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his specialis juris ratio.*
3 *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris singularis.*
4 *Exemplum pacti legitimi recentius, sc. quo dos promittitur.*
4 *Alia nova species, pactum donationis.*
6 *Item alia, qua usuræ argentariis promittuntur.*
7 *Ad pacta legitima referri posse & pacta honoraria, constitutum, & conventionem de pignore.*
8 *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipso jure tollitur: inter quæ & lex commissoria & addictio in diem.*
9 *Laudatur Græcorum de pactis legitimis sententia.*
10 *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an species conventionis legitimæ.*

PRivata conventio est, quæ fit ex causa & de re cujusque privata ac familiari. Eaque vel legitima est, vel juris gentium. *l. 5. ff. hoc tit.*

1 Legitima est, quæ manente nuda ac simplici forma conventionis, ex speciali confirmatione alicujus legis efficax est vel ad obligandum & agendum, vel ad obligationem & actionem ipso jure tollendam. Confirmationem dicimus specialem; nam & contractus juris gentium possunt dici jure civili confirmari, sed tantum in genere, scilicet hoc ipso, quod recepti sunt: quippe usus quoque vim approbationis habet. *§. 1. Inst. de obligat.* hoc tamen non obstante conventiones juris gentium appellantur. *l. juris gentium. 7. pr. ff. hoc tit.*

2 Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuisse tempore

tempore Pauli, cujus est *d. l. 6. hoc tit.* existimat Antonius Faber, sed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam.* 30. *ff. de usur.* item in *l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id est, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. quod ipsum & à Scævola, qui sub Antonino Philosopho floruit, traditum est, *l. periculi.* 5. §. 1. *d. tit.* Licet autem incertum sit, quarum legum id auctoritate ut introductum; illud tamen satis constat, contra rationem juris communis utrumque constitutum esse jure singulari; ac proinde speciali aliqua lege aut constitutione pacta ista fuisse confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipub. alterum propter periculum, quod creditorem pecuniæ nauticæ spectat, ex quo navem navigare convenit. *l. 3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi usuræ fœnebris pecunia citra vinculum stipulationis non debentur. *l. Titius.* 24. *ff. de præscr. verb. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 3. C. de usur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævolam ostendunt particulæ *&* *etiam.*

3 Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis suppeditat *l. frumenti.* 12. *C. de usur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus à consiliis fuit, rescribit, etiam ex nudo pacto accessionem sive usuras frumenti vel hordei mutuo dati præstandas esse: in quo item jus est singulare; nam regulariter, ut jam dictum est, usuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, nisi in stipulatum deductæ fuerint. *l. 1. l. 3. C. eod.* Huic autem speciali juri forte causam præbuit utilitas & necessitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino sunt necessariæ, & quarum ob id usu minus carere possumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æstimatio & pretium subinde mutatur, pro varietate locorum & temporum. *§. si quis agens. Inst. de action. l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc causam διὰ τὸ ἄδηλον τῶν καρπῶν, placuit majores recipere usuras frugum quam pecuniæ mutuationem. *l. oleo.* 23. *C. de usur.* de quo præclara quædam apud D. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 8.

4 At post tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta sunt constitutionibus Principum. A Theodosio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur. *l. ad exactionem.* 6. *C. de dot. promiss.* Quamquam autem Connanus *l. 5. comm. c.* 3. & Donellus ad *l. legem* 10. *C. hoc tit.* putant pactum de dote danda esse conventionem, cui subsit causa, videlicet ipsa nuptiarum coitio; propterea quod promissioni dotis semper insit hæc conditio, *si nuptiæ fuerint secutæ. l. stipulationem.* 21. *ff. de jur. dot.* ac proinde promissionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*: tamen magis est, ut id falsum sit. Nam si ratio illa, qua utuntur, bona esset, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in se negotium & causam, quod utique aperte falsum est. Sed nec quodlibet factum ad constituendum contractum innominatum intervenire sufficit, verum tale intervenire.

 tenire.

venire necesse est, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod sit fundamentum συναλλάγματος & actionis civilis. At tale factum non est, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit quod ex causa *facio ut des* datur actio aut præscriptis verbis in id, quod interest, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum est in casu proposito, & dos plerumque exigitur condictione certi. Quid quod & post contractas nuptias dos promitti potest, ut hic quoque pactum sit utile ad exactionem. per *d. l. 6.* Denique novum in *d. l. 6.* jus constitui ex eo satis apparet, quod etiam ante illam constitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit. *l. 5. §. 3. l. solent. 15. ff. de præsc. verb.* & recte itaque Græci apud *Harmenop. lib. 4. tit. 8. §. 13.* ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας χρεωστεῖ ὁ πατὴρ προῖκα. id est, *ex nuda promissione pater dotem debet.* Cæterum hujus disputationis nulla amplius hodie videtur esse utilitas, postquam auctoritate constitutionis Justinianeæ. *l. un. C. de rei ux. act.* semper fingatur intervenisse stipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris. ita recte *DD. comm. post Gloss. Cyn. & Salicet. in d. l. 6. C. de dot. promiss.* dissentit tamen *Fortun. Garz. in l. 6. ff. hoc tit. n. 23. & seqq.* contendens stipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi intervenisse in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expresse repugnent.

5 Constitutione Justiniani confirmatum est pactum donationis, quod in præsens conceptum est, seu quo quis in præsentia se donare dicit, veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Justinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui *l. si quis argentum. 35. §. ult. C. de donat. §. 2. Inst. eod.* Quod si pactum donationis causa in futurum conceptum sit, veluti si quis dixerit, donabo tibi centum aureos, manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante. *arg. l. præcipimus. in fin. C. de appell.*

6 Ejusdem Principis constitutione Novella 136. c. 4. cautum, ut usuræ etiam ex nudo pacto debeantur argentariis. quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent ἀργυροπράται sive argentarii, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur. Eandemque ob causam placuit certas usuras, & quidem besses, argentariis præstandas esse, etiamsi modus certus usurarum dictus non sit: quod in aliis non habet locum. *l. quod in stipulatione. 31. l. tutor. 41. §. ult. ff. de usur.* τὰς γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς ἀνθρώποις ἐπιμιξίας ὅλως βοηθοῦντας, οὐκ ἂν εἴη δίκαιον ἀπὸ τοιαύτης λειτουργίας ἀδικεῖσθαι, ait Justinianus *d. Nov. 136. cap. 4. lib. 93. Basil. tit. 4. c. 4.*

7 Possunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata sunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut senatusconsultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipso Cicerone *act. 3. in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie postquam ex confirmatione Justiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam ceteræ partes juris civilis haberi cœperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure nostro occurrunt, constitutum sive conventio, qua quis citra stipulationem constituit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debet. *tit. ff.*

& G.

& *C. de pecun. constit.* item conventio de pignore. *l. si tibi.* 17. §. 2. *ff. hoc tit.* ubi jurisconsultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem nasci, hoc nimirum significans, jure prætorio etiam nuda conventione pignus obligari, creditorique constitui jus in re. *l. 1. ff. de pign. act.* ac pro re ista persequenda etiam actionem creditori edicto propositam esse, actionem videlicet in rem, Servianam vel quasi Servianam sive hypothecariam. §. *item Serviana. 7. Inst. de action.*

8 Posterioris generis pacta legitima, quibus scilicet ipso jure obligatio & actio tollitur, sunt, ne furti, ne injuriarum agatur. *l. si tibi* 17. §. 1. *l. si unus.* 27. §. 2. *vers. sed si pactum.* & §. 4. *ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis pacisci expresse permittit. *l. 7. §. si paciscar.* 14. *in fin. ff. eod. Gell. lib.* 20. *c.* 1. Non obstat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur. *l. 4. §. ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo casu accipiendum est, quo quis paciscitur, postquam jam res deducta est in jus ad prætorem, quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox subjicitur ex Paulo *l. 5. d. tit.* utique si cum pretio quantocunque pactus sit. *d. l. 5. §. 3.* Nihil autem impedit, quominus actio ipso jure pacto tollatur, licet pactos sequatur infamia. Ad hoc posterius genus videntur etiam referri posse duæ conventiones in contractu emptionis & venditionis præcipue celebrari solitæ, addictio in diem, & lex commissoria; utpote quæ & ipsæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ sunt, ut existente conditione conventionis contractus ipso jure resolvatur, etiam postquam res integra esse desiit, secuta scilicet traditione, nisi aliud diserte placuerit: *l. 2. ff. de addict. in diem. l. 1. l. 2. ff. de leg. commiss.*

9 Optime igitur Jurisconsultus Græcus responso περὶ ψιλῶν συμφ. Τῶν ἰδιωτικῶν, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγὰς, ἐκ τῶν περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν προσειληφότα. καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγὴ, ἅπερ καὶ λεγίτιμοι κομβεντίονες ἐπικέκληνται. id est, *Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel senatusconsulto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; atque hujusmodi vim ac potestatem acceperunt à legibus aut constitutionibus specialiter de ipsis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio nascatur, & ipso jure dissolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ.* Cujusmodi autem hæ conventiones sint, mox declarat hujusmodi θεματισμοῖς· ὅτι ἐπαγγέλλομαι προῖκα δοῦναί τινα (?) καὶ ὅτι πόλις δανείζουσα συμφωνεῖ λαμβάνειν τόκους· ὥσπερ οὖν καὶ ἐπὶ τῇ ὑποθήκῃ γενόμενον σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν. ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον καὶ αὐτὴν τὴν ἐκ νόμου κονδικτίκιον. id est, *cum alicui me dotem daturum polliceor & cum civitas pecuniam fœnori dans usuras sibi paciscitur: sicut & facta super pignore pactio, licet tacita sit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictitiam ex lege.* Et iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipso jure actio tollitur, οἷον, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τοῦ *furti*, καὶ τοῦ *injuriarum*.

10 Stipulatio quoque legitima conventio est, quia contractus est juris civilis, à quo & formam accepit. nam cum sit conventio. *l.1.§.2. ff. hoc tit.* nec tamen conventio juris gentium, necesse est, aut manca sit divisio Jurisconsulti in *l.5. ff. eod.* aut cum ad conventiones juris gentium non possit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicium esto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam constitutionibus. *Inst. de liter. oblig.* Cæterum in contractu literarum non ex nudo & simplici consensu oritur obligatio, sed ex literis, sicut in stipulatione & acceptilatione verbis contrahitur aut solvitur, non consensu solo. Nimirum jus civile interdum robur addit conventionibus adjiciendo certam formam, interdum simpliciter confirmando: & hujus posterioris generis conventiones proprie in usu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut supra dixi, manente simplici ac nuda conventionis forma speciali aliqua lege aut constitutione confirmantur; arg. *l. legitima. 6. ff. hoc tit.* αἱ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρωθεῖσαι, ut Græci.

CAP. V.

De conventionibus nudis.

1 *Nudæ conventionis definitio variis exemplis illustrata.*
2 *Eadem confirmata Græcorum auctoritate.*
3 *Pactum non desinit esse nudum interveniente scriptura.*
4 *Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehendi.*
5 *Nudam conventionem passim in libris nostris appellari pactum simpliciter.*
6 *Pactum nudum non explicationis tantum causa dici, sed etiam discretionis.*
7 *Vox* nudum *quid hic significet.*
8 *Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti esse speciem.*
9 *Confutatio argumenti primi.*
10 *Contradicentia esse, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id pactum esse.*
11 *Vocem* nudus *notam esse discretionis, non alienationis.*
12 *In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud significari, quam duorum aut plurium in idem consensum.*
13 *Nunquam significari conventionem aliquam oppositam pactioni.*
14 *Nusquam indefinite traditum ex pacto actionem nasci: sed contrarium, non nasci.*
15 *Apud Ulpianum l. 7. §. 4. hoc tit. aliter legi in plerisque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriusque lectionis, & vulgatæ interpunctionis.*
16 *Quid sit placiti fine stare.*
17 *Pactum nudum etiam id, quod fectum: alias pacti nomen non mereri.*
18 *Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.*

PRivatæ juris gentium conventionis species sunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam vestitam vulgo magistri juris appellant, & pactum vestitum, verbo magis, quam sensu inconcinno. Divisio hæc fundata est in *l. juris gentium. 7. §. 1. 2. & 4. ff. hoc tit. l. si dominus. 8. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem. 10. C. hoc tit.*

1 Nuda conventio est, quæ in nudis placiti finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem. *dd. ll. l. si tibi. 27. C. de locat.* ut ecce, si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum; ut mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc parietem hereditatis nobis de-

lata

latæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & similes nudæ sunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen transeunt, nec in his ad conventionem alia causa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; sed solo placiti fine stant.

2 Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ ψιλὰ σύμφωνα vocant, definiunt, nempe quæ neque εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ προϋποκειμένου ἵστανται γένους. respons. περὶ ψιλ. συμφ. & mox iterum *ibid.* νῦδον γὰρ ἤτοι ψιλόν ἐστι σύμφωνον τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον, ἡγησαμένης προτέρον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δίδοσθαι ἢ ποιεῖσθαι. *Nudum pactum est, quod non transit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non stat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat.* & apud Harmenopulum *lib.* 1. *tit.* 9. περὶ ψιλ. συμφ. ἐνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει. *Cum non præcesserit datio, sed tantum de dando convenerit.*

3 Et quamvis igitur scriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum esse desinit, arg. *l.* 7. §. *quod fere* 12. *ff. hoc tit.* quippe scriptura vim pacti mutare non potest, cum non sit causa obligandi, sed duntaxat probationis gratia adhibeatur. *l.* 4. *ff. de fid. instrum.* hoc etiam ὁ ἄγαν ἐπισήμων Salmas. *ubi sub. c.* 12. Quod si talis conventio lege vel senatusconsulto adjuvetur, jam quidem suo sensu non amplius nuda est, sed tum fit conventio legitima. *l. legitima.* 6. *ff. hoc tit.* Cæterum etiam hujusmodi pacta nuda appellari solent, respectu scilicet simplicis formæ conventionis & ad differentiam stipulationis. *l. etiam.* 30. *ff. de usur. l. frum.* 12. *C. eod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4 Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparatione rei, cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta si opponatur non conventioni diversæ, sed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudæ sunt à traditione, etiamsi alias nudi placiti terminos egrediantur, *l. traditionib.* 20. *C. hoc tit. l. qua ratione.* 9. §. *interdum.* 5. *ff. de acq. rer. dom.*

5 Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, sæpe etiam in libris juris nostri pactum simpliciter appellatur. *l. juris gentium.* 7. §. *quinimo.* 4. *& seqq. ff. hoc tit. l. legem.* 10. *C. eod. l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb. l. si tibi.* 27. *C. de locat. l.* 1. *C. de pact. conv. tam sup. dot. l.* 5. §. 2. *ff. de solut. l.* 5. *C. de contr. stipul.* Ex quibus locis apparet idem valere, ex pacto actionem non nasci, atque ex nudo pacto non nasci. Neque tamen ideo assentiendum Cujacio ad *l.* 1. *ff. hoc tit.* aut Wesenb. *parat. eod.* qui contendunt, pactionem nunquam nudam dici κατὰ διαστολήν, sed pactum omne, ut nudum est, ita etiam sic appellari suo perpetuo epitheto, explicationis causa, non distinctionis, quasi esset aliquod pactum nudo oppositum & vestitum: nam quod nudum pactum etiam simpliciter pactum appellatur, id fit more Jurisconsultis usitato, quibus familiare est, idem nomen nunc in genere, nunc in specie usurpare; aperteque refelluntur

Cujacius & Wesenbecius verbis *d. l. solent. 15. ff. de praescr. verb.* ubi Ulpianus ex proposita conventione actionem oriri ait, quia non sit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non nasci. item *d. l. legem. 10. C. hoc tit.* quo loco Imperator, quod dici solet ex pacto actionem non nasci, id tunc obtinere rescribit; cum pactum nudum est. Unde profecto plus quam manifestum est, pactum nudum non tantum explicationis causa dici, verum etiam discretionis gratia, quod quaedam pacta sint non nuda, quae docendi causa interpretes vulgo appellant vestita, non tam inepto sensu, quam nomine: nec tamen nomine prorsus inepto.

7 Nudum autem hic minime vox est alienans, ut quidam ausi sunt asserere sine ulla auctoritate & contra perpetuum usum juris & omnium scriptorum, sed nudum dicitur per translationem solum & simplex, quod tantum pactum sit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. si tibi. 27. C. de locat.* quod nudo sine placiti stat; unde & solum pactum dicitur. *l. major annis. 23. C. de pig.* Similis translatio est, cum nudum consensum; nudam proprietatem, nudum usum, nudam notationem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, simplex, nullis velata coloribus. ψιλοὶ λόγοι apud Aristotelem 3 *Rhetor.* oratio prosa & soluta, quasi nuda ornamentis, minimeque convestita. & apud Demosthenem καὶ ἀφόβως, ψιλὸς λόγος opponitur ἐγκαλλωπισμένῳ, oratio nuda ornatae vestitu apud Ciceronem *lib. de clar. orat.* Quamobrem cum de re constet, hoc est, esse quaedam pacta nuda, quaedam contra non nuda, futile sit de nomine litem movere, & offendi verbo *vestita*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut à nudo pacto distinguant, quod nudum non est. Denique tantum non merae nugae sunt, quae superiori distinctioni objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quosdam acutos vocant, ideo alii sint obtusi: ut enim ita non appellentur, sunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppositi, quocunque tandem nomine eos appelles. Illum sane non acutum, sed obtusum fuisse necesse est, qui in publica disputatione interrogatus à Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & vestitam, illico obmutuisse dicitur. Quoniam vero sunt, qui hanc pacti in nudum & vestitum distributionem ex alia parte vellicant, quasi pactum nudum seu pactio aut conventio nuda non sit species pacti aut conventionis, cui proinde nec pactionis definitio conveniat, etiam adversus eos supra dicta distributio munienda ac stabilienda est. Quanquam autem tam portentosa opinio satis solide nuper ab incerto quodam auctore confutata est; tamen quia id adversariis ejus minime videtur, objicientibus ei, quod quaedam silentio praeterierit, quia nihil ad ea potuerit respondere, aut quia argumenta eorum solvere non potuit, ea commento eludere; quaedam etiam ab iis esse dicta, quae à nemine unquam audiverit; credo quia sacris nondum initiatus erat, cui proinde mysteria aperire nefas: denique quia non satis bona fide cum eo agunt, è re erit ex integro causam istam hic tractari. Defendit auctor ille omnium aetatum interpretum sententiam contra novitium commentum, idque sine ulla calumnia, sine contumelia, sine ullo convitio, sale tantum aliquo asperso,

so, sine quo quicquid in hujusmodi concertationibus scribitur, fatuum est. Illi vero invehuntur in hominem insontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & convitiandi libidine, cui os sine fræno, & cujus virus ipsa virtus provocet, Non sunt hæc ἀγαθοῦ δαίμονος. Sed mittam ista, ipsamque rem aggrediar suscepta causa assumptaque persona tam indigne accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur, sunt qui putant se non ignorare.

8 Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non est species pacti aut conventionis? Quoniam ajunt. 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus specie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla subest causa propter conventionem, & quæ nudo placiti fine stat. Ex quo inferunt pactum nudum non posse dici duorum vel plurium in idem placitum consensum, nullaque pacta proprie nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus subsit causa propter conventionem; per causam autem intelligunt eam causam, quæ paciscentes movit ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cujus personam nunc gero, tot esse puto errores, quot ferme verba.

9 Nam 1. pactum nudum & non nudum diserte in jure nostro, ut diversæ pactorum & conventionum species distinguuntur, & inter se opponuntur. Respondent illi, hoc ipsum sententiam suam omnino confirmare: nam si pactum, ajunt, à pacto nudo distinguatur, ut una species ab alia, non potest pactum nudum dici species pacti, non magis quam homo species bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diversas esse pacti species, pacto, ut generi, subjectas: illi lectoribus imponunt, quasi dixissemus, pactum & pactum nudum species esse oppositas: unde mox captant occasionem ostendendi, quam rudes parumque versati simus in arte disserendi.

10 2. Contradicentia sunt, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id esse pactum. Etenim contradictio hic est in adjecto, sive oppositum in apposito. Utique enim juxta regulam Logicorum abest tertii adjecti ad est secundi adjecti valet consequentia affirmando, v.c. ille est nudus homo, ergo est homo; illa est nuda oratio, ergo est oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos esse miseros, & negantem tamen mortuos esse. Quis non etiam explodat eos, qui negent nudam veritatem, nudam approbationem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem, &c. esse veritatem, approbationem, voluntatem, consensum, proprietatem. Sed ajunt non eundem esse tropum in voce *nudus* adjecta rebus cæteris, qui est in eadem voce addita pacto aut conventioni; nimirum quia tum vox ista non tantum restringens, sed etiam alienans sit: idque ex eo probant, quod definitio pacti sive conventionis nudo pacto sive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde est, ac si dicerent, orandum est pro mortuis, quia sunt in purgatorio. Nam pro argumento & antecedente sumunt, & sibi concedi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod est in quæstione; quæ manifesta captio est: hoc enim inter nos est con-

troversum, an pacti definitio etiam nudo pacto conveniat, quod illi soli negant, cæteri omnes affirmant. Similis petitio principii est, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non esse, quia non habet causam, quoniam causam intelligunt, ut ipsi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam. hic enim iterum, quod maximum vitium est in differendo, sumunt τὸ ἀμφισβητούμενον ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Nam talem causam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda dicuntur, habere cæteri fere consentiunt. Sed de hoc fusius infra.

11 Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudum* adjectam pacto esse alienantem, cum alias semper sit discernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo scriptore, ubi vox ista significet ἀλλοτρίωσιν, alienationem subjecti, cui adjungitur aut attribuitur. Est quidem vox στερητικὴ, significans privationem alicujus rei, quæ alias subjecto attribuitur aut attribui potest; & sic etiam hic significat privationem causæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum vestiret: at nunquam est ἀναιρετικὴ ἢ φθαρτικὴ τοῦ ὑποκειμένου, ut significet ademptionem aut corruptionem subjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12 Sed enim conventio, inquiunt, bifariam sumitur; primo in genere pro tractatu inter duos vel plures habito quo aliquid agitur vel fit; quo significatu etiam nudum pactum species sit conventionis; deinde in specie pro duorum vel plurium in idem placitum consensu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod statim firmum ac efficax est, nisi quid aliud impediat, qua notione conventio, ut species conventionis in genere acceptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non esse ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in specie sumatur, exemplo esse nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem scio vocem conventionis esse πολύσημον, nam & conventum hominum, coitionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. significat: sed in argumento de pactis unam duntaxat, eamque generalem & perpetuam significationem habet, eandem videlicet quam pactio, aut pactum γενικῶς acceptum, denotatque semper duorum aut plurium in idem placitum consensum. *l.* 1. §. 2. & 3. *ff. hoc tit.* Concedunt quidem illi conventionem significare duorum vel plurium in idem consensum, at addunt, cum pro pacto & pactione usurpatur: sed ostendant id verbi aliter uspiam usurpari in pactorum materia. De pacto idem non dicunt, quia prior illa significatio pacto non convenit: attamen fateri debent, velint nolint, cum pactum nudum opponitur pacto non nudo, pacti verbo in genere sumpto etiam pactum nudum, tanquam speciem contineri; ac proinde etiam speciem esse conventionis significatione posteriore, pluriumque in idem placitum & consensum: aut si non est, ne nudum quidem pactum dici potest, non magis, quam simia nudus homo.

13 Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure nostro interdum generis nomina esse, interdum speciei; quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in specie pactum nudum significatur, veluti cum dicitur ex pacto

non

non nasci actionem: sed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum usurpatur in specie pro conventione aliqua opposita pacto? Generale esse hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* nusquam autem ad speciem aliquam conventionis, quæ pactum non sit, contrahitur. Adoptio & cognatio cum sint nomina generis & speciei, recte dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem in specie dictam; estque hæc divisio rei, & generis in species. At si quis conventionem dividat in pactum & non pactum, quid hoc monstri erit? Quis non exsibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud est conventum, aliud fixum? aut qui jus distribuat in liquorem & legem? Non sunt hujusmodi διαστολαὶ distributiones rerum, aut generis in species, sed vocabuli æquivoci distinctiones in sua æquivocata.

14 Sed neque captione caret, quod ajunt de conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nusquam enim hoc indefinite traditum; sed quod quædam conventiones actionem pariant, & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel quæ accedente causa in speciem συναλλάγματος cadunt. *l. juris gentium. 7. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* ex cæteris expresse negant juris nostri conditores actionem nasci, nisi vel specialiter confirmatæ sint. *l. 6. l. si tibi. §. 2. eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ. *d. l. 7. §. quinimo. 5. eod.* At contra non uno loco traditum est, ex pacto actionem non nasci. Respondent adversarii loca ista accipienda esse de pacto nudo. Fatemur; sed tamen utique de pacto, id est, plurium in idem placito & consensu. Quod si hoc non concedant, iterum incidunt in vitium ipsis familiare, pro argumento assumentes τὸ ζητούμενον ἐξ ἀρχῆς: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui simpliciter & absolute pactum appellent, quod pactum non sit, dixerintque ex pacto non nasci actionem, cum hoc significare voluerint, ex non pacto actionem non nasci.

15 Sæpe inculcant, quod nudum pactum sit, cui nulla subsit causa propter conventionem. *l. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. hoc tit.* Cum autem ista locutio nullum omnino idoneum sensum habeat (quis enim ita unquam locutus est, conventioni nulla subest causa propter conventionem, & quid hoc significat?) illi tamen hunc, si diis placet, sensum verba ista habere dicunt, cum nihil omnino subest, ex quo qui convenerunt, moveri potuissent, ut convenirent. quanquam non videntur diffiteri; potuisse hoc exprimi elegantius. Nimirum necesse est vitiosos eum habere oculos, qui in luce tam perspicua caligat. Constat utique duplicem apud Ulpianus in *d. l. 7. §. sed cum nulla. 4. hoc tit.* occurrere lectionem; in plerisque codicibus legi hoc modo, *Sed cum nulla subest causa, præter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.* In codice Florentino sic, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Cum vero nullæ sint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo distinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictio-

num intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teste oculato *misc.* 41. ac proinde ponere nobis ea, si doŀet ratio, & posita undecunque expungere liberum sit, auctore Augustino *lib.1. emend.2. q.* 8. si quis lectionem Florentiam urgeat, cum eo tantum mihi li̇get erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius scripturam exemplaris Florentini secuti ita locum interpunxerunt, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat* &c. relicta, ut verosimile est, per negligentiam nota distinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus posita est, in quibus non *propter:* sed *prater* legitur: nam & in margine hoc notant, alias legi *prater.* Franciscus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & sermonis ratio, & mens atque sententia Jurisconsulti exigebat, locum sic interpunctum ediderunt, *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Sive autem legas *prater* sive *propter,* commate ante hanc particulam posito, plana erit & recta oratio, eademque Jurisconsulti sententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi causa subest præter conventionem, propter conventionem solam non constitui obligationem: quod & prorsus evincitur ex tota disputatione Jurisconsulti. Cæterum & hic effugium eis paratum video: Nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non significare pactionem sive plurium in idem placitum consensum; sed nescio quid aliud, quod non sit pactum, nisi κατὰ τὸ λέγειν.

16 Largimur ultro pactum nudum esse conventionem, quæ placiti fine stat: sic enim definitur *l.* 27. *C. de locat.* At quid hoc est, fine placiti stare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil esse amplius quam placitum; placitum tamen & conventionem seu pactionem, id est, duorum vel plurium in idem consensum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim esse ἰσοδυναμοῦντα infinitis locis ostendi potest. *l. vix certis.* 53. *ff. de judic. l.* 4. *ff. de servit. l. si filia.* 20. §. 3. *ff. famil. erisc. l. si divisionem.* 15. *C. eod. l. si plus. ff. de evict. l. divisionis.* 45. *ff. hoc tit. l.* 8. *l. si pacto.* 14. *l. cum proponas.* 21. *l. si certis.* 27. *C. eod. l.* 7. *l. si diversa.* 14. *l. cum proponas.* 17. *l. si profundo. C. de transact. l. gen. ff. eod. l.* 3. *l.* 4. *C. de rer. permut.* Sic ex converso placitum usque ad pactum stare dicitur, cum traditio secuta non est. *d. l. si divisionem. C. fam. ercisc.*

17 Cum igitur nudum pactum sit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat; tamen re vera & proprie tam pactum est, quam quod vestitum DD. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam vestito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamsi deliberato animo initum sit: deque eo constet, ut in specie *l. si certis.* 28. *C. hoc tit.* ubi ex temporaria illa præstatione satis apparet seriam fuisse promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconsultæ, joculatoriæ aut simulatæ, aulicæ, & officiosæ adulationis promissiones ne nomen quidem pacti merentur.

18 Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis mysterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio à voto, utrumque à pacto differat; æquum igitur est, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur

Nuper

Nuper ille, cum Eleusinem reviseret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipse pater famulam voveo* &c. nescio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento sit eum juris fuisse peritissimum. Nam etsi votum species est pollicitationis, quam ob causam summus juris antistes subtitulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi à nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum esse, quod soli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu solenni; filius autem familias aut servus sine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poëta. Ille vero redux vota Cereri nuncupata solvit faciens bienni verre. Hæc pro incerto illo auctore, cujus defensionem & patrocinium non tam ideo suscepi, quia me eum esse, & per latus illius me palam peti quidem suspicantur, quam veritatis tuendæ gratia.

CAP. VI.

De vi nudarum conventionum.

SUMMARIUM.

1 *Ex nudo pacto, quamvis serio, jure nostro actionem non nasci multis argumentis ostenditur.*

2 *Respondetur objectioni sumpta ex l. 1. pr. hoc tit.*

3 *Ius civile Romanorum quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit. & quare,*

4 *Multa civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris juris natura præceptis æstimentur.*

5 *Exponitur l. cum mota. 6. C. de transact.*

6 *Declaratio l. solent. 15. de præscr. verb.*

7 *Declaratur locus obscurus in l. 3. §. quinimo. de condict. caus. dat. & occurritur objectioni ex eodem loco sumptæ.*

8 *Si ex pacto daretur actio, cum constat de animo deliberato, etiam quando de eo non constat, danda esset.*

1 NUda conventio seu pactum nudum, quamvis serium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. *Ex nudo pacto*, inquit Paulus, *inter cives Romanos actio non nascitur lib. 2. sent. tit. 14.* & Imperatores in *l. si tibi. 27. C. de locat. si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.* Seneca *lib. 5. de benefic. c. 10.* de lege civili & promissione non solenniter facta loquens, *Quæ lex*, inquit, *ad id præstandum nos, quod alicui promisimus, obligat:* Denique nihil in libris nostris est vulgatius hac juris regula, ex conventione, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non nasci. *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & seq. l. divisionis. 45 suff. hoc tit. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem. 10. l. cum proponas. 21. l. si certis. 28. C. hoc. tit. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. C. de inut. stipul. l. 2. C. de evict. l. 3. C. de rer. permut.* Et hinc est, quod passim indebitum vocetur, quod pacto promissum est. *l. 5. §. 2. ff. de solut. l. si certum. 28. pr. ff. de condict. indeb.* & quod omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nascatur, auctore Paulo *lib. 2. sent. tit. 22. §. ult.* Ulpianus *l. 7. §. quod fere. ff. hoc tit.* cum dixisset, si novissima parte pactorum inserta sit hæc clausula, *rogavit Titius. spopondit Mævius*, ex stipulatu actionem nasci, mox addit, nisi probetur non animo

stipulan-

stipulantium hoc factum, sed tantum paciscentium. Si ex pacto, ubi de consensu & animo paciscentum constat, æque atque ex stipulatione, actio nascitur, cui bono quærit J C. quo animo hujusmodi verba adjecta sint, paciscentium ne an stipulantium? aut cur, si animo paciscentium, non adjicit tunc ex pacto dari? Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis serium, licitum & honestum, jure Romanorum obligationem & actionem producere; nisi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum esse jocularium aut lusorium, id est, conventionem aut pactum non esse; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & simpliciter ex pacto actionem non nasci, hoc significare, ex non pacto non nasci actionem. quod quam ridiculum sit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum est, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l. legem.* 10. *C. hoc tit.* ex pacto actionem non nasci: nullo autem juris loco traditum est, ex solo pacto licet justo, actionem nasci, nisi exceptive, aut addito *interdum*, & nimirum tunc, cum vel speciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum est, *l. 6. l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de constit. pecun.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum, *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ff. l. in bon. e. 13. C. hoc. tit.* Quæ pacta etiam suo sensu possunt dici non nuda. Quod si ex quovis serio pacto oritetur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actionem de pecunia constituta dat, quam si constituatur, quod jam ante debitum fuerat; *d. l. 1. ff. de pecun. constit.* an quia propter debitum præcedens hic constat de deliberato animo; Quare igitur de aliis rebus constitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, mensura constant? *l. 2. C. eod. tit.* aut si causa subsit constituto, quid opus fuit prætorem ex sua jurisdictione actionem comparare, cum ex conventionibus quibus subest causa, nascatur actio jure civili? *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Quid autem hic illi, qui quodvis pactum licitum & serium jure Romano, etiam illo antiquo civili & prætorio, obligationem & actionem parere pertinaciter contendunt? Nihil habent, quod respondeant, nisi quod disputent de jure Romano cujus non minimam partem faciant constitutiones Justinianeæ. Justinianum autem actionem de pecunia constituta, quæ ex edicto prætoris locum solummodo habebat in constituto debiti rerum consumptibilium, produxisse etiam ad res cæteras. *d. l. 2.* nec esse novum, quod tractu temporis quædam augeantur, declarentur, aut etiam reformentur in melius, Egregia ad τὴν ἐγκλὴσ responsio, & digna ob quam litem deseras. Non minus lepidum est, quod interrogati, si pactum quodlibet ad obligandum sit efficax, quid opus fuerit speciatim ex pacto donationis necessitate juris adstringere donatorem, quod primus fecerit Justinianus, respondent, constitutione Justiniani fingi donationi subesse causam, voluntatem sc. exercendæ liberalitatis. Quasi vero Justinianus etiam ubi donandi animus abest, eum finxerit adesse! ac non potius quia donator voluntatem suam aperte ac verbis in præsens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obstrictum esse voluerit, qui jure

gentium

gentium se manifeste obstrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut *συνώνυμον* habet. *fac. l.1. ff. de pecun. constit.* Postremo si cujuslibet justi pacti ea vis esset jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem *κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον* tolleret, *arg. l. 6. eod. junct. l. Arrianus. 47. de O. & A. l. prout. 80. l. Stichum. 95. §.4. de solut.* quod tamen secus esse constat. Hæc tam aperta & clara sunt, ut qui contra disputant, non tam de veritate juris, quam de potestate conditoris disputare videantur, quasi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus esset, ut nihil iis addere aut detrahere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave esse fidem fallere, nihilque tam congruum esse fidei humanæ, quam placita servare. *lib.1. ff. hoc tit.* Fateor: est enim fides rerum humanarum coagulum, sanctissimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Iovem generata, decus divumque hominumque,
Qua sine non tellus pacem, non aquora norunt.

2 Cæterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes justæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adstringimur ad præstandum id, quod pacto promissum est, propter naturalem scilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. eum amplius 84. §.1. ff. de reg. jur. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Et quia hæc obligatio conscientias hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis. *l. Stichum. 95. §.4. ff. de solut.* sequitur ei etiam inesse moralem aliquam necessitatem, id quod Paulus in *d. l. 84. §.1.* significat verbo *oportet*, & grave esse hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullam hic esse respectu fori exterioris necessitatem.

3 Quanquam autem hoc ita est ex jure gentium, ut omnes honestæ conventiones servari debeant, & lex civilis non prohibet ultro bonam fidem agnoscere; imo eum, qui, non agnoscit & pacta non servat, ne Romani quidem unquam pro bono viro habuerunt: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum observationem, sed utilitatis causa quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic sola paciscentium fide staretur, ne si ex qualibet convenne actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo: vel potius, quia Romani juris conditores honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverunt, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum necessitate adstringere. In necessitatibus enim nullus est virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teste Aristotele 3. *Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit? Augustinus laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei postea natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat. *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli. c. ult. caus. 17. quæst. 4.* Nullam autem laudem meruisset Aurelius, si ad reddendum jure fori fuisset obstrictus. Atque hoc ipsum puto significare

ficare voluisse Ciceronem *lib. 2. de invent.* cum ait, *Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur, ut jure præstare dicatur.* Cui simile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib. 2. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione: quæ jure præstare dicuntur* quo haud dubie id significatur, pacta legibus ipsis justiora & præstantiora esse existimari, quoniam in his implendis atque observandis probitas cujusque & fides elucet, quæ bonis viris pro lege sit, & omni jure antiquior. Laudatur à Cicerone *lib. 2. de finib.* Sext. Peduceus, quod hereditatem ex fideicommisso reddiderat uxori testatoris: quam verò ob causam? non aliam, quam quod conscientia relicti Peduceo pro jure fuerat. Nam tunc temporis fideicommissa nullo adhuc juris vinculo, sed solo pudore & fide eorum, qui rogati erant, continebantur. §. 1. *Inst. de fideic. hered.* Nimirum angusta innocentia est, secundum leges bonum esse. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas sunt? Hæc Seneca *lib. 5. de benefi.* Futile vero est, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l. 6. ff. de justit. & jur. l. bona fides. 31. ff. depos.*

4 Multa sunt civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æstimentur; qualia literarum obligatio, usucapio, præscriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile, quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali seu gentium tenetur quisque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excusantur filiusfa. & minor 25 annis. Jure gentium unusquisque ex sponsione sua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio spondens. Itaque isti, licet naturaliter obligati sint (non enim vel patria potestas, vel ætatis sexusve imbecillitas jus naturæ dissolvere possunt) tamen civiliter non tenentur. In materia successionum quam longe recessit lex 12 tabularum à simplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum rusticorum efficax non est, nisi interveniente instrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla est, aut fuit, in qua longius ab eo jure recessum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari potest: quæ si cum aliis populis strictius jus gentium coluerit, id necessitatis fuit, cessante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus terram in removendis jejunis quibusdam & puerilibus objectiunculis, cur lege civili hoc constitui nequeat, ut non nisi sub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax sit ad agendum, ex consensu nascatur? Cur, inquam, minus hoc, quam illud, ut non aliter supremæ hominum voluntates ratæ sunt, quam si septem testium civium Romanorum, masculorum, speciatim rogatorum, &c. præsentia firmentur?

5 Objiciunt tamen & locos quosdam petitos è corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventione actionem nasci. Loci sunt *l. cum mota. 6. C. de transact. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. 3. §. 4. ff. de cond. ca. dat.* Διηγητικῶς *d. l. cum mota.* hic est. Mater à filio immerito exheredata aut præterita transegit cum scripto herede; adver-

adversum quem querelam moverat inofficiosi; hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, à lite discederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perseverans voluntate decessit. Cum portio promissa filiis iisdemque heredibus matris non præstaretur, quæsitum est primo, possintne filii omissam à matre querelam redintegrare; deinde si non possint, an non saltem aliud remedium iis paratum sit adversus placita non servantem. Ad prius respondet Imp. Alexander, omissam semel querelam instaurari ab heredibus matris non posse: ratio est, quia querela, nisi à defuncto præparata sit, & defunctus in ea proponendæ querelæ voluntate perseveraverit, heredibus non datur. *l. 6. §. ult. l. 7. l. nam* & 15. §. 1. *ff. de inoff. test.* Cæterum mater ipsa potuisset querelam instaurare. *l. si instituta. 27. pr. eod.* Ad alterum, si stipulatio conventioni subdita fuerit, ex stipulatu actionem competere, aut si omissa sit verborum obligatio, tum actione præscriptis verbis diversam partem, ut promissa præstentur, posse conveniri. Igitur, inquiunt, quod transactionis causa promissum est, etsi pacto tantum & citra stipulationem, id nihilominus peti potest, & competit eo nomine præscriptis verbis actio. Respondeo, non est in specie hic proposita pactum aut conventio nuda, sed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi causa præter conventionem, & quæ sic constituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri transigenti pars bonorum promissa est, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promisit se à lite discessuram, quod & re implevit: morte enim sua & silentio sic finivit litem de inofficioso, ut ab heredibus ejus non possit instaurari. Ubi autem pactum, quamvis transactionis causâ interpositum, intra terminos placiti consistit, nulla ex eo jure nostro actio nascitur. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. Hotom. Don. post. Gloss.* & *DD. comm. ad d. l. cum mota.*

6 Alter locus, qui objicitur, est *l. solent. 15. ff. de praescr. verb.* ubi ita Jurisconsultus; *Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. Et quidem*, inquit Jurisconsultus, *ista conventio non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri; sed habet in se negotium aliquod: ergo*, inquit, *civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis*: &c. Igitur, inquiunt, hic ex sola conventione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam esse, quæ in se negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Jurisconsultus expresse negat in specie à se proposita ex pacto, id est, ex solo pacto, actionem nasci, aitque conventionem istam habere in se aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit causam aliquã accedentem ad conventionem, quæ sit fundamẽtum συναλλάγματος & actionis civilis, ut ipse hoc alibi explicat. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* atque in proposito factum seu indicium actoris præmium pro eo promissum petentis. Itaque cum ait Jurisconsultus, *videamus an possit agere*, perinde hoc est, ac si dixisset, videamus an qui suscepit se indicaturum esse servum fugitivum, is postquam indicavit, pactum pro indicii præmium petere possit

quid

Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Jurisconsultus actionem concedens supponit actorem, quod recepit implevisse, quo subsecuto conventio desinit esse nuda, & incipit in se habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet constituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honestas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imo contra obstat etiam ipsa hujus juris ratio. Sed & illi ipsi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujusmodi conventione cum effectu agi posse, quam res secuta sit, licet obligatio statim nascatur: in quo tamen & ipso errant, cum hic desit fundamentum obligationis, ut plene demonstrabitur c.8.

7 Tertius locus est Ulpiani in *l.3.§. quinimo. 4.ff. de cond. caus. dat.* Verba hujus loci sunt: *Quinimo etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, defuncto quoque eo.* Primum quæro, qualis sit illa condictio, quam ait ex contractu proposito nasci? Non utique condictio ob causam dati causa non secuta, de qua conceptus est titulus, cum nihil datum proponatur, sed tantum placitum, ut daretur,& condictio ex notissimo juris usu, præsertim in hoc tractatu, significet alicujus rei, quæ à nobis profecta sit, repetitionem. Dices Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis. Jam iterum quæro, ubi actio præscriptis verbis in jure nostro appelletur condictio? Imo à condictione perpetuo distinguitur. *l.5. §.1. & seq. ff. de præscr. verb.* tum condictio vulgare est & usitatum actionis nomen solennemque formulam habens; cujusmodi actionibus deficientibus demum actio præscriptis verbis datur. *l. 1. l. 2. & seq. d. tit.* Sed concedamus Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis, quid hac actione persequemur, certamne summam, quæ promissa sit? Minime: sic enim diceremus ex hujusmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, cæterisque causis & obligationibus, ex quibus certum petitur. *l. certi condictio. 9. ff. de reb. cred.* quod falsum est. Nam præscriptis verbis actio non solum nomine & titulo actionis incerta est, sed etiam rei petitione, competens in id solum, quod interest, etiamsi de re certa danda convenerit. *d.l.5.§. 1. & 2. ff. de præscr. verb. l. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.* id autem, quod interest, incertum esse constat. *l. si pœnam. 61. de verb.obl.l. quatenus. 24. de reg. jur.* unde etiam actio hæc incerta. *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut stipul.* & passim actio incerti dicitur. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. seq. ff. de præscr. verb.* Itaque in actione præscr. verb. non servatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propositum: Si ex hac conventione, *dabo tibi decem, ut Stichum intra mensem manumittas.* Sticho ante manumissionem intra mensem mortuo, tibi competit actio præscriptis verbis; ea autem actio non competat, nisi in id, quod interest, sequitur necessario ex sola conventione hic actionem non dari; sed ita de-

mum,

mum, si is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei abiit, quod alioqui facturus non fuerat, puta si jam sumptus fecerit necessarios in profectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta servum non vendiderit, quod alioqui facturus erat. per *l.5 in pr. & §. ult. ff. de cond. caus. dat.* ut quibus casibus & quatenus cessat condictio sive repetitio, si datum quid sit, iisdem casibus & eatenus competat actio præscriptis verbis, si promissum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum sint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, necesse est, si speciem propositam, ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipsa nomina demonstrant: nam dabo ut facias, vel faciam ut des, non est contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non à simplici conventione, sed à datione aut facto ad conventionem accedente nascatur & incipiat. *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* nisi quid hic turbatum à Triboniano, quod putat Ant. Faber *in ration.* dicendum est locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des.* Quid si dicamus in specie propositâ causam, obquam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod casû fortuito factum, ut impleri non potuerit. Sanè ubi jam quid datum est ob causam, causa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non stetit, quo minus causam impleret: & sic ex casu fortuito liberatio sequitur, cessatque ob causam dati condictio. *l. 3. §. quod si ita. 2. ff. de cond. ca. dat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. vers. sed si scyphos. ff. de præscr. verb. l. 1. §. Divus. 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam est communis interpretum solutio.

8 Effectum igitur est, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem non nasci, licet ex causa honesta facta sit, serioque ac deliberato animô inita, ut ut etiam de eo constet. Quod si enim actio ex ea daretur, cum constat de animo deliberato, etiam quando non constat interim danda esset, ut fit in cæteris causis omnibus, ex quibus obligationes & actiones nascuntur; permittendumque actori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præsumptio, serio quoque interpositam fuisse: alias quælibet conventiones & pacta passim eludi possent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri solet, præsertim ubi quid asserendum est, quod latet in conscientiâ ejus, cui defertur jusjurandum? Neque enim soli Deo notum, serio ne promissio aliqua facta sit, an secus, verum etiam promittenti.

CAP. VII.

Aliarum gentium & hodie moribus nostris, & canonum jure etiam ex nuda conventione actionem dari.

1 *Iure naturæ & gentium pacta quævis sera obligationem efficacem parere.*
2 *Francisci Connani contraria sententia refellitur.*
3 *Apud alias gentes ignotam fuisse illam Romanorum inter pactum & stipulationem &c. distinctionem.*
4 *Etiam jure Canonum quaelibet conventionem*

tionem efficaciter obligare.
5 *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6 *Moribus quoque hodiernis pacti simplicis eandem vim esse, quæ est stipulationis jure civili.*

1 Etsi conventiones nudæ, quantumvis voluntate sufficienter significata, legum Romanarum vinculis adstrictæ non sunt, ad earum tamen observationem naturæ & gentium jure adstringimur: Nihil enim æquitati naturali magis consentaneum est, quam stare conventis, placita fidemque servare; quod etiam prudentum responsa declarant. *l. pr. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet justa pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, si unam dempseris actionem, eosdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis simul, de quo agemus postea: unum tantum hic exempli causa proferam, si ex pacto quid solutum sit; licet enim id solutum sit per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem civili repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur. *l. naturales. 10. ff. de oblig. & act. l. 7. ff. de fidejuss.* & hoc quoque significat Paulus in *l. cum amplius. 84. §. 1. ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Agit enim illic de condictione indebiti, quæ cessat, si quid ex qualicunque pacto solutum sit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2 Itaque minime admittenda est sententia Francisci Connani *lib. 1. comm. c. 6. & 5. c. 1.* fatentis quidem consentaneum esse æquitati naturali, & honestum, pacta servare, negantis tamen id esse necessarium, & negantis in universum ea pacta, quæ non habent συνάλλαγμα, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certe Pauli nostri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem secuti sumus, pronunciat jure gentium dare oportere, quo verbo utique vinculum juris & moralis significatur necessitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de offic.* tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum justitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri potest, cur leges, quæ quasi pactum commune sunt populi, quo nomine à Demosthene adversus Aristogitonem, & à Papiniano nostro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere possent; voluntas autem cujusque hoc serio agentis, ut se obliget, idem non possit. Admissa denique Connani sententia, sequeretur nullam inter reges & diversos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præstitum est, jure gentium vim esse, præsertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut sponsionum reperta est, ut recte Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 11.*

3 His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam; quæ nuda appellamus, obligationem & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit subtilis illa differentia inter pactum & stipulationem. Romanorum sunt hæc tam multa & distincta quasi rerum diversarum vocabula, ad anxiam quandam formularum superstitionem adstricta, pactum, stipulatio, constitutum, actio constitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio; quæ discrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus

ius Jurisconsultus ipse hoc fateri videtur *lib. 2. sent. tit. 14.* cum ait; *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* quasi dicat non negare se, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non subjectos actio ex pactis nascatur. Idem quoque haud obscure innuunt Imperatores in *l. si tibi.27. C. de locat. Si conventio,* inquiunt, *placiti fine stetit,* (id est, si stipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.* quasi dicant, etiamsi maxime aliarum gentium jure nascatur: & ideo stipulatio pactis subjici debebat, ut ex stipulata actio nasceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. si tibi. 27. C. de locat. l. petens. 27. C. hoc tit.*

4 Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis est Canonistarum sententia. *Felin. in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact. Panorm. & Imol. ibid. Covar. in c. quamvis. eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos *Alciat. lib. 5. paradox. 3. Connan. 5. comm. 3. Ant. Fab. ad l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. x. hoc tit.* (quod sumptum ex concilio Carthaginensi) ita loquitur Antigonus Episcopus; *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi, Pax servetur. pacta custodiantur.* Ait Antigonus *conventus:* loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare, cujusmodi pacta etiam prætor servat data exceptione, sed de eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor δύναμιν ἀναγκαστικὴν, quam jus civile iis detraxit, non restituit. In *d. c. 3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studiose agendum est, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium patiens exceptionem etiam jure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam est inscriptio ex Gregorii registro, *Iudex debet studiose agere, ut promissa adimpleantur.* Et ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se oblivit: est enim titulus ille *de pactis.* His adde quod præsumendum est, auctores juris Canonici in casu conscientiæ, ne peccatum foverent, secutos esse jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ sunt ac validæ.

5 Fallitur ergo Cujacius, asserens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet justa conventione, etiam nuda, nasci actionem, quasi inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor in *l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* Pacta quidem servari debent jure pontificio, inquit, sed suo nempe modo, ut ea servat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam ostendimus in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promisit, impleat: & porro igitur etiam futile est, quod alii objiciunt, inter jus Canonicum & civile non esse introducendum discrimen sine cano-

nis alicujus auctoritate. *c.* 1. *& 2. ext. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expressos canones allegavimus. Obstat tamen, inquiunt, quod in *d. c.* 1. *ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis subjicitur, qui non præstat id, ad quod se pacto obligavit. Imo contra recte arguas: si adversus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam statuitur; multo magis adversus eum, si obnoxius sit ulli foro seculari, judicium in illo foro institui poterit, quod est levius. Unde etiam statim in *d. c.* 3. *ext. eod.* Gregorius judici seculari id mandat ut pacto promissa curet impleri judicio in eam rem dato. Falsum autem est, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum esse, ubi ordinarium remedium deest, per *c. novit.* 13. *ext. de judic.* Nam in *d. c. novit.* Pontifex duntaxat Ecclesiasticam censuram stringit & exercet in regem Galliæ Philippum, qui Angliæ regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno suo major, judicio civili aut actione aliqua in stituta convenire non poterat: cum reges jus in armis positum habeant. nec aliud statuitur *d. c. novit.*

6 Et communem hanc Canonistarum sententiam, aut potius expressos juris canonici textus, sequuntur hodie mores nostri, daturque hodie etiam ex nudo & simplici pacto actio: pactisque eadem vis tribuitur, quæ est stipulationis jure civili; *Gud. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 3. introd. ad jurispr. Bat. c. 1. sub. fin.* sicut & pleraque alia ad simplicitatem juris gentium redacta sunt. Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatas & constantes, ab inconsideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officiose adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem servandis summa nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium, solennibus illis & scrupulosis juris civilis sublatis. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum est, sive nudis verbis, id est nudo pacto, sive verbis solennibus, id est, stipulatione fides data sit.

CAP. VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.

SUMMARIUM.

1 *Quid sit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoscatur.*
2 *Contractus quid sit.*
3 *Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.*
4 *An permutatio contractus nominatus.*
5 *An actio æstimatoria descendat ex contractu nominato.*
6 *Transactio nec nomen contractus est, nec species.*
7 *Contractus innominati, eorumque species.*
8 *Quid nomine causæ nostri intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.*
9 *Illustratur res exemplis.*
10 *Falsum esse, quod quidam tradiderunt, causam in proposito significare id, quod paciscentes movit, ut convenirent. & No 19.*
11 *Posita pura & efficaci obligatione, necessario ponitur & actio efficax.*
12 *Actionem præscriptis verbis dari non posse ei, qui nihildum fecit aut præstitit,*

13 Resu-

13 *Refutatur futilis quadam distinctio inter obligationem & actionem, qua nascatur jure conventionis, & eam, qua ex perfectione & secundum perfectionem contractus.*

14 *Eadem clare refellitur per l. 3. C. de rer. permut.*

15 *Item per l. divisionis. 45. hoc tit.*

16 *Item per l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instr.*

17 *Nemo ab obligatione semel constituta invito adversario recedere potest. & No. 23.*

18 *In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob causam præteritam, seu ex necessitate obligationis natæ ex sola conventione, sed ob causam futuram, ut accipiens illa datione &c. efficaciter obligetur.*

20 *A conventione nominata ad innominatam non procedit argumentatio.*

21 *Natura contractuum innominatorum.*

22 *Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.*

24 *Definitio contractus à Labeone tradita l. 19. de verb. sign. non contractus omnes, sed, συναλλάγμα tantum complectitur.*

25 *Contractum à Theophilo minus recte definiri.*

26 *Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed manere pacta nuda, si per se spectentur.*

27 *Græcos quosdam pacta legitima à nudis segregare, contractibus adjecta non item.*

1 CONventio non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoscitur, si proprium conventio nomen sortita sit, vel si conventioni subsit causa agendi, quod ab Aristone, Mauriciano, & Ulpiano in *l. juris gentium. 7. §. 2. hoc. tit.* appellatur συνάλλαγμα: alibi negotium dicitur *l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* & negotium civile. *l. 1. ff. de æstim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque nostro obligationem & actionem producunt.

2 Contractum igitur sic definio; Contractus est conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente causam. Definitio tantum non iisdem verbis tradita in *d. l. juris gentium. §. 1. & 2. hoc tit.* Itaque duo sunt harum conventionum genera, unum earum, quæ speciale nomen habent: alterum earum, quæ nomine carent.

3 Prioris generis sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producunt; non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib. 12. comm. c. 9.* Nimirum etsi nomen ad essentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit à posteriori. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio esset in usu communi: usus conventioni nomen peperit. Utilitas causa est obligationis constituendæ, nomen indicium & nota constitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 3.* putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo sic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob usum frequentiorem vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiamsi nihil dictum sit specialiter, ex ipso nomine satis possit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in cæteris

contractibus minus frequentibus hoc tantum inesset, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & usitata, sed accommodata ad ipsum factum daretur formula, quæ ideo præscriptis verbis dicebatur.

4 Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipsa proprium nomen habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur. *l.1.§.2.ff. de permut.* quanquam sunt, qui credunt contractui *do ut des* nomen permutationis inditum tantum per abusionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus est: nam proprie permutationis nomine significari mutuam ipsarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii: & alias omnes pene contractus velut permutatione quadam constant. Ut ut sit, constat permutationem in numero contractuum nominatorum non censeri.

5 Sed neque actio, quæ de æstimato proponitur, descendit ex contractu aliquo nominato, sed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni partim locationi, partim mandato simile videtur. *l.1.ff. de æstimat. act.* ideoque ne actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita est, quamquam nacta est æstimatoriæ appellationem, quod sit de re, quæ æstimato vendenda data est.

6 Illi autem toto cœlo errant, qui etiam transactionem putant contractum esse proprii nominis; quippe cum transactio nec nomen sit contractus, nec contractus species. Etenim si proprie loqui volumus, non habet se contractus ad transactionem, ut genus ad speciem, sed modus est transigendi: nam interdum nuda pactio transactionis causa intervenit, aliquando stipulatio quandoque datio aut retentio. *l. cum proponas. 28. C. de pact. l.2. l. pact.15. ff. de transact. l.6. l. ut responsum 15. l. sive apud. 21. l. si profundo.33. l. transactio.38. C. eod.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione & terminatione litis. Unde cum proprie nostri loquuntur, dicunt pacto transigere, pactum, conventionem, placitum transactionis causa intercedere aut interponi. *d. l. cum proponas.21. C. de pact. l.7. l. si de certa. 31. C. de transact. l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff. testam.* Modi autem transigendi non sunt genera transactionis; & per se considerata transactio diversum quid est à contractu, cui etiam opponitur in *l.1.§.3.ff. de pact.* Sed de hoc ex professo *c.1. & 2. de transact.*

7 Posterius genus earum erat conventionum, quæ speciali nomine carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l.7. §.2. ff. hoc tit.* Hæ conventiones eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipsæ jure nostro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & usitatam, sed in factum præscriptis verbis. *d. l.7. §. §. 2. hoc tit. l. l.1. & pass. ff. de præscr. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum species quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *l.5. pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis incerti præscriptis verbis actio, quam in factum prætoria dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo. *d. l. 5. §.3. l. solent. 15. in fin. d. tit. l. 4. C. de dol.* Sed hæc non sunt hujus loci.

Illud

Illud tantum hic investigandum est, quid nomine causæ Jurisconsulti intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.

8 Et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventione paciscentibus finis aliquis propositus sit: neque de causa impellente seu ea, quæ paciscentes movit ad conveniendum, ut quidam somniaverunt; nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus causa subest, aliquid est, quod paciscentes impellat ad conventionem ineundam. verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ summam dares, & ego à lite, quam tibi movi, discederem, aut ut invicem servos nostros permutaremus: hæ conventiones nudæ sunt, ut proinde ex iis non nascatur actio: *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 21. C. de transact. l. 3. C. de rer. perm.* negari tamen non potest, quin alicujus rei contemplatione moti hujusmodi conventionem inierimus, nimirum quia ego malui accepta certa summa a lite discedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum servum, tu maluisti meum. Ac de similibus idem judicium esto. Sed quid cunctamur causam accipere pro datione vel facto ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque est aut factum ab uno? Sane Jurisconsultus Græcus responso περὶ ψιλ. συμφ. hanc rem sic explicat; ἥνωνται, inquit, ταύταις (συμφώνοις ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας) καὶ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα ἡνίκα προηγήσηται δόσις ἢ ποίησις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, εὐλόγως τοῖς συναιρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τούτων δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί. i. *His* (sc. conventionibus nominatis) *juncta sunt & illa, quæ nomen quidem proprium nacta non sunt: cæterum generali nomine contractus appellantur, cum primo aliquid datur vel fit, ut vicissim aliquid detur vel fiat, videlicet ut justa paciscentibus causa subsit. Nascuntur enim & ex his utiles actiones.* Atque hinc est, quod cum pactum nudum sit conventio innominata causam non habens, Græci id definiverint, ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, &c. ex quo etiam simul apparet eam conventionem, quæ causam habere dicitur, iis esse, ἡνίκα προηγήσηται δόσις. quod ipsum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præscr. verb.* ubi ait pactum nudum non esse, quoties certa lege aliquid datur; & aliis innumeris locis significatur. *l. 5. per tot. & pass. ff. de præscr. verb. l. divisionis. 45. ff. hoc tit. l. 6. l. si profundo. 33. C. de transact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque sensisse Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perspicue patet; *Sed & si in alium contractum res non transeat subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias.* Cum autem nulla talis conventioni innominatæ subsit causa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem nasci. *d. l. 7. §. sed cum. 4.* Ajo autem *conventioni innominatæ.* Nam in conventionibus nominatis, si requisita quædam adsint, ut verbi gratia in venditione & locatione si de pretio aut mercede convenerit, etiam antequam ab altero contrahentium quid præ-

ftitum fit, obligatio nafcitur. atque in his videntur veteres quafi pro caufa actionis habuiffe ipfum conventionis nomen. *d. l. 7. §. 1. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.*

9 Jam exemplo rem declaremus; Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda eft confiftens intra terminos puri placiti, licet uterque noftrum certo intuitu talem conventionem inierit; ego, quia malui habere Pamphilum; tu, quia Stichum. At fi aut ego à mea parte, aut tu à tua dando conventionem implefti, hîc jam conventio definit effe nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens caufa noftris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicato. Paulus *negotium* vocat *l. folent. 15. ff. de præfcr. verb.* Ulpianus in *l. 1. ff. de æftim. act. negotium civile.* id eft, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens conftituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobifcum fentiunt interpretes noftri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorfum ergo tam operofa hujus fententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit, ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficacem: quanquam ex ea non ante efficaciter agi queat, quam quid ex conventione præftitum fuerit: caufam autem apud Ulpianum *d. l. 7. §. 2. & 4. hoc tit.* non fignificare dationem aut factum aliquod interveniens, fed caufam præcedentem, quæ pacifcentes movit, ut convenirent.

10 Ego vero non video, quomodo hæc confiftere poffint, ex conventione nafci putam & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non poffe. Utique enim efficacia & vis obligationis confiftit in juris vinculo, quo neceffitate adftringimur ad aliquid præftandum; neceffitas in eo, ut nifi obligatus præftet, quod debetur, jure judicioque experiti cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præftandum compellere. Ac proinde pofita puta & efficaci obligatione, neceffario quoque ponenda eft efficax actio, cum, fecundum regulam Logicorum, qualis eft caufa, talis quoque fit effectus.

11 Ut ecce, emptio & venditio contrahitur fimul atque de pretio convenerit; & quia hinc ftatim oritur mutua & efficax obligatio, ftatim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi poteft, modo offerat actor, quod viciffim eum præftare oportet. *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. l. qui pendentem. 25. ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, fi verbi caufa hujufmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æque ftatim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea ftatim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promifit, modo ille paratus fit Stichum dare. Atque hanc quoque effe apparet mentem eorum, qui afferunt ex conventione innominata obligationem ftatim nafci ex qua etiam agi poffit, quanquam cum effectu non poffit, nifi poftquam ab uno datum quid fit, aut factum; quia ad confirmandam fententiam fuam utuntur exemplo emptionis & venditionis, negantque ullam

effe

esse circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere & rationi juris nostri convenienter hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonstrari potest, quam parum hæc juri nostro sint consentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo consensu simul ac de mercede pro usu rei danda convenit: atque ut hic ex sola conventione, nulla re interveniente oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præsens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter potest, ut præstet frui, quod conductum est, licere. *l. 9. l. 15. §. 1. l. si fundus. 33. l. & hac distinctio. 35. ff. locat.* at ex sola conventione innominata agi cum effectu non posse fatentur ipsi adversarii: qui si pro firmamento suæ opinionis non tam exemplum emptionis & venditionis, quam locationis & conductionis attulissent, fortassis ipsi deprehendissent errorem suum. Cæterum nec obligationem vim implementi habere in contractibus innominatis ostendemus postea. Ad hæc perperam inter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventiones innominatæ datione demum aut facto interveniente *συναλλάγματα* sive contractus esse & appellari incipiunt: quamdiu autem res adhuc integra est, nudæ tantum sunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure nostro nascitur, ut supra satis abundeque demonstratum est. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventione nasci solo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem possit, sed non cum effectu: quæ ergo erit ista actio? nimirum præscriptis verbis, inquiunt.

12 Quod si porro quæras, quomodo formula actionis præscriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem gestam demonstrat. *l. 6. in fin. C. de transact.* accommodari possit ei, qui nihildum fecit, aut præstitit, respondent pro varietate conventionis formulam posse concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.* quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, sed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, si eis credimus, hæ conventiones *dabo ut des, dabo ut facias* &c. referendæ sunt ad illas *do ut des, do ut facias.* &c. Et verbi causa si inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu servum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem gestam compositis, in quæ & prætor judicem det hoc modo. *Si paret Mævium decem Titio decisse ea lege. ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumittat. tum Titius damnetur.* aut contra; *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem à Mævio acciperet* &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, nō dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præscriptis in factum verbis. Sed nec illud verum est quod ajunt contractus *do ut des, do ut facias,* &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa do ut des manifeste etiam conventionem exprimunt, sed præter conventionem adsignificant

 causam,

causam, quæ conventioni subest, sive negotium interveniens, quod fundamentum est συναλλάγματος, efficitque, ut conventio amplius non sit nuda, & ex ea nascatur civilis actio.

13 Cum vident etiam in textibus plerisque, qui huc pertinent, expressim negari in conventionibus innominatis nudo solove consensu obligationem constitui, & nominatim, ut alios prætercam, *in l.1. §.2. ff. de rer. permut.* quo loco Jurisconsultus diserte ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad nescio quam distinctionem, qua non observata ajunt, quotquot sunt & fuerunt hactenus Interpretes, hallucinatos esse: nimirum aliam ajunt obligationem & actionem nasci jure conventionis, aliam ex perfectione & secundum perfectionem contractus; qua distinctione adhibita facile quivis ex hujusmodi laqueis se possit expedire. Ajunt igitur in *d. l.1. §. 2. ff. de rer. permut.* Jurisconsultum adscribere rei traditæ initium obligationis, quæ est secundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non est mirum interpretes omnes hic hallucinatos esse, qui tam subtilem distinctionem, & quam ipse ignoravit antiquitas, non observaverint. Sed serio. Paulus in *d. l.1. §.2.* initium obligationis in permutatione adscribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam esse intelligit: alioqui non initium obligationis, sed obligationis jure conventionis antea constitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attribuere debuisset. Sequitur mox apud Paulum, *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato.* Ecce negat Paulus absolute, nudo consensu, id est, jure solius conventionis, ubi nihildum præstitum est, ut ipsa verba ostendunt, obligationem constitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perspicue liquet, Paulum in conventionibus Innominatis productionem, constitutionem, initium, originem ipsam obligationis adscribere rei traditæ; falsumque esse, quod illi asserunt, ex conventione esse obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præstatione, quod cum effectu actio moveri possit. Quin hoc ipsum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adscribant obligationis, quæ est secundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præstatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem esse effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præstationis &c. illa obligationis hujus causam & velut matrem: quod passim tamen negant soli conventioni vim tribuentes obligandi.

14 Ajunt mirari se, quod adversarii aliquid præsidii in *l.3. de rer. permut.* causæ suæ quærant. & quare? quia, inquiunt, placitum permutationis in *d. l.3.* pro nudo pacto de permutando sumitur, id est, eo de quo non constet, an deliberato animo factum sit. Verba Imperatorum in *d. l.3.* sunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem.* Verum est hoc loco agi de pacto nudo, sed pactum nudum

Impe-

Imperatores intelligere, quando non constat de serio animo, commentum est, quod ex ipso textu satis evincitur. Negant simpliciter Imperatores aliter actionem re nulla secuta ex placito permutationis competere, quam si stipulatio subjecta sit: ergo ne tunc quidem, cum constat de seria voluntate paciscentium. Hoc enim Leontius proposuerat, placuisse inter se & adversarium suum, ut invicem res quasdam permutarent, quærebatque an ex hujusmodi placito jure conventionis actio sibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adversarium posset, paratus ipse à sua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, nisi subjecta sit stipulatio, eo significant stipulatione demum conventioni subjecta, posse Leontium, à sua parte contentum conventioni stare, actione ex stipulatu compellere adversarium, ut & ipse quoque placitum servet, nisi velit condemnari quanti actoris intersit.

15 Simile huic placito est, quod proponitur in *l. divisionis. 45. ff. hoc tit.* si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenerit, ut certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla secuta sit, neque porro placito subjecta stipulatio: hoc enim placitum negat Iurisconsultus cuiquam ad actionem prodesse: non quia non sit pactum aut conventio seria; sed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujusmodi conventiones, ut ut seriæ, jure Romano nemini ad actionem prosint.

16 Postremo nec illud patrocinari adversariis existimant, quod scriptum est in *l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instr.* eum, qui vendere pollicitus est, si recuset adimplere conventionem, posse ad impune facere, si nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi satis arguat arrarum interventus, sed alia ratione; quoniam, quod adversarii non animadverterunt, in specie illic proposita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias discedens à conventione altero invito non recte multaretur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra si talis conventio obligationem produceret nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emptori cum amissione arrarum, nec venditori cum duplicatarum restitutione.

17 Est enim hæc perpetui juris regula, neminem posse ex pœnitentia ab obligatione semel constituta & in se suscepta invito adversario discedere. *l. 5. C. de obl. & act.* idque vel ex ipsa natura obligationis, quæ necessitate solvendi obligatum adstringit, intelligi potest, ut paulo post ostendetur evidentius. Itaque amissio arrarum, aut duplicatarum restitutio non est pœna recessionis non consentiente adversario factæ ab obligatione aliqua jure civili constituta, sed temeritatis & inconstantiæ. Quid si nihil arrarum nomine intervenerit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit. *d. l. contractus. sub fin. C. de fid. instr.* cui jam hoc etiam consequens est, etiamsi unius intersit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere, quemadmodum nec si unius intersit, ex pacto permutationis aut divisionis ulla competit. *l. 3. C. de rer. perm. l. 45. ff. hoc tit.*

tit. Et quid hic alias profecerit placitis interveniens stipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non subjecerit stipulationem, juxta consilium Pauli *lib. 2. sent. tit. 22. in fin.* Plane in hujusmodi conventionibus de vendendo, de permutando &c. si quid ab eo, qui placitis non stat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum inciderit, non negaverim dandam esse actionem de dolo, *arg. l. & eleganter. 7. §. servus. 8. & ibi Bart. ff. de dol. mal. Costal. ad l. 7. pr. hoc tit.* Asserunt porro causam apud Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* non significare dationem aut factum certa lege interveniens; sed causam praecedentem; nempe quae paciscentes movit, ut convenirent: cujus assertionis suae haec argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia causa respicit conventionem. 3. quia datio aut factum per se non obligat, nisi ad restitutionem. Diceres rem ad triarios rediisse, quod profligatis hastatis & principibus tantae virtutis milites subsidio mittant. Sed experiamur robur singulorum argumentorum. In postremo, ut ab eo incipiam, est fallacia divisionis. Neque enim nos dicimus solam dationem aut dationem per se sine conventione obligare, non magis, quam conventionem per se obligare sine datione; sed obligare dationem à conventione informatam, seu dationem sub lege vicissim quid praestandi, & ita juncta simul demum obligationem producere. Insubtile autem est, quod addunt *factum*; quia facti nulla est restitutio. Secundum argumentum, quod ideo causa apud Ulpianum non significet dationem aut factum, quia causa respicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam de causa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum est eo sensu, quo illud accipiunt, non de ea, quae velut materia conventioni subjicitur, formaque à conventione accepta in συνάλλαγμα abit, qualem intelligere Jurisconsultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppositione §. 4. & §. 2. ejusdem legis dilucide apparet.

13 Sed & in primo quoque argumento manifesta est principii petitio: nihil enim efficiunt, nisi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc significent, quod datur aut fit, in proposito dari aut fieri propter vim obligationis ex sola conventione natae; quod est falsum; cum enim, ut ex iis, quae jam antea disputata sunt, clarissime liquet, in conventionibus innominatis origo obligationis non à nudo consensu, sed à datione aut facto ad consensum accedente proficiscatur, qui à parte sua, quod placuit, praestat, non facit id ex necessitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; sed ut adversarium, qui itidem nulla juris necessitate adstrictus est, illa praestatione efficaciter obliget. Atque hinc est, quod praestatio illa non solutio, quae debiti est, sed datio appellatur: & quia illa fit ob causam futuram, ut vicissim quid detur, satis apparet eam comparatam esse non ad liberandum, sed ad obligandum eum, qui & ipse antea obligatus non erat, non ut quid solvat, quod antea debebat, sed ut quid det aut faciat secundum legem dationi dictam; & hic si is, qui accepit, causam, ob quam accepit, implere cessaverit, competit ei, qui dedit vel ad repetendum condictio tanquam ob causam dati causa non secuta,

cuta, vel incerti præscriptis verbis actio in hoc, quod ejus interest causam impletam esse. *l.5.§.1. & 2. ff. de præscript. verb. & passim tit. ff. & C. de cond. caus. dat.* Quod si datio illa respiceret causam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob causam præteritam datur, condici non potest *l damus.52. ff. de cond. ind. deb. l. mercalem.5. C. de cond. ob turp. caus.* nec debiti soluti ulla repetitio est, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur. *l. naturales.10. ff. de obl. & act.*

20 Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, eum non tradere mercem, ut emptorem sibi obliget, sed ut obligationi jam antea ex conventione natæ satisfaciat; nam à conventione nominata, ex qua etiam nudo consensu obligatio constituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perspicue docet Paulus *l.1.§.2. ff. de rer. permut.* venditor igitur mercem tradens, solvit, quod debet, & ad quod solvendum jure judicioque cum eo agi poterat. non ut emptorem obstringat, quem satis ex conventione obstrictum habet; sed ut se liberet: at in contractu innominato, verbi causa, do ut des, sive nuda aliqua conventio præcesserit, sive non, qui dat, ut vicissim quid detur, non solvit, quod debebat; sed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipse antea obstrictus non erat, hac datione sibi obstringat. Atque hinc est, quod venditor qui fidem emptoris secutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non potest. *l. incivile. 12. C. de rei vind. l.3. C. de contr. empt. l. 6. C. de resc. vend.* nimirum quia hic obstat præcedens obligatio, quæ pœnitudinem non recipit; quoniam nemo potest constitutæ semel obligationi renuntiare invito adversario, *l.5. C. de obl. & act. l.3. C. de resc. vend. l. in commodato. 17. §. 3. ff. commod.*

21 Contractuum autem, qui in aliud nomen non transeunt, natura hæc est, ut danti ob causam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne causam impleat: contraria videlicet ratione, quoniam cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quasi prius debuisset, relinquendum obstringi debet. *l. 3. §. 1. & 2. l.5. pr. & §.1. ff. de cond. caus. dat. l. in summa. 65. §. quod ob rem. 4. ff. de cond. ind.* Quod si ubi jam aliquid datum est ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere potest, invito adversario, multo minus, si nihildum dederit, ab adversario ut det, poterit constringi, licet ille à sua parte conventionem implere velit. *l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instrum.* Et hoc significant interpretes, cum ajunt, in conventionibus innominatis oblationem non habere vim implementi.

22 Excipiendi autem sunt ex contractibus innominatis illi, qui transactionis & finiendarum litium gratia ineuntur. in quibus ob eandem causam nec locus est pœnitentiæ, ut scilicet lites transactione semel decisæ instaurentur. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. ind. l. quamvis. 39. C. de transact. & ibi DD. Ias. in l. 5. pr. ff. de cond. caus. dat. column. 3.* Jam opinor videmus, unde hæc juris nascatur varietas, nempe ex differentia, quæ est

circa

circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; quia in illis receptum est,ut etiam nudo consensu obligatio contrahatur,in his non contrahitur nisi re aut facto aliquo interveniente.

23 Illud enim perpetuo verum est, nec ullam patitur exceptionem, neminem posse ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario non consentiente discedere. *d. l.* 5. *C. de obl. & act.* quippe hic certissimus est obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori. *Inst quib. mod. toll. obl. & pass. ff. & C. de solut.* Quam etiam ob causam obligatio definitur juris vinculum, quo necessitate adstringimur ad solvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus est, adstringitur necessitate solvendi, consequens est omnino, non esse in ejus arbitrio, utrum velit solvere nec ne; quod tamen futurum esset, si liceret ei pro arbitrio à contractu recedere. Atque hoc non solum locum habet in contractibus, qui nomen suum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habenr proprium nomen. ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi vicissim aliquid dares aut faceres, si cessas dare aut facere, teneris mihi in id, quod mea interest, id, de quo convenit, datum aut factum esse, eoque nomine tecum experiri possum actione præscriptis verbis; neque tu huic obligationi in te susceptæ renuntiare potest, tuove te facto aliter liberare, quam si id de quo convenit, præstes. *l.* 5. §. 1. *&* §. 2. *ff. de præscr. verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici possum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me susceptæ, cum ipse nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, sed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, societatis depositi, quæ huic regulæ obiici solent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio solo consensu contrahitur, & tamen ei, qui mandatum suscepit, liberum est mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus est renuntiare constitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renuntiet. *l. si mandavero.* 22. §. *ult. l. si qui.* 27. §. 2. *ff. mand.* §. *mandatum.* 11. *Inst. eod.* ubi in tempore renunniat, non modo contra obligationem nihil facit, sed maxime præstat, quod erat in obligatione. Eademque ratio est & in mandati revocatione: quoniam nec mandator præcise obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Similiter societas quoque consensu contrahitur, & unius è sociis renunciatione dissolvitur: nec tamen qui societatem socio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renuntiat constitutæ obligationi, quia nemo in societate obligatur, ut invitus in societate maneat; in tantum ut etsi nominatim convenerit, ne à societate discederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam societatis factam contemnere liceat. *l. si convenerit.* 14. *l. nulla.* 70. *ff. pro soc. junct. l. verum.* 63. *pr. ff. eod. l. cum pater.* 77. §. *dulcissimi.* 20. *ff. de legat.* 2. Postremo nec officium suum perdit regula superior in specie *l.* 1. §. *antepen. & pen. ff. depos.*

pos. ubi si rem apud te sic deposuero, ut post mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me statim depositum posse repetere; nec in specie precarii in eandem sententiam proposita in *l. cum precario. 12. ff. de precar.* ubi cum res precario sic datur, ut is, qui eam accipit, usque ad Calendas Julias precario possideat, respondetur posse nihilominus etiam ante ei possessionem auferri: quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depositum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium: imo contra & qui depositum accepit, & qui accepit precarium: ipsi obligantur in hoc, ut dominis reposcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri potest, an is qui depositum aut precarium accepit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depositum aut precarium restituere: & recte placuit nullam esse hujus conventionis vim, neque in deposito, quia dies adjectus est deponentis duntaxat gratia, ut depositarius cogeretur tam diu rem custodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adversatur, ut ipse Jurisconsultus in *d. l. cum precario.* significat. In commodato autem contrario modo se res habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus usum rei ad certum modum & tempus concessum ante tempus auferre liceat. *l. in commodato.* 17. §. 3. *ff. commod.*

24 Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Etenim Labeo in *l.* 19. *ff. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem; id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur; at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loco* expresse à contractu distinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, *actum, contractum, gestum.* Nam cum singula hæc per se posita, & vi sua generalia sint, apparet Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque *contractus* ad eam speciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus non in eo consistere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quod satis ostendit vetus, & recepta contractuum divisio apud Gajum *l. 1. ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l. 1. §. 3. ff. de pact.* apud Justinianum *§. ult. Inst. de oblig.* item *Inst. de auct. tut. in pr.* quo loco evidentissime contractus μονόπλευροι, cujus generis est stipulatio, & δίπλευροι, quales sunt emptio, locatio, societas &c. ut diversæ unius generis species secernuntur.

25 Apparet autem ex disputatione Ulp. in *d. l. 7. §. 1. & 2. ff. hoc tit.* unde nostra contractus definitio sumpta est, non omnem consensum duorum ad constituendam obligationem interpositum contractum esse: ac proinde non

satis

satis recte à Theophilo contractum definiri hoc modo; συνάλλαγμά ἐστι δύο, ἢ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνόδος τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συστῆσαι ἐνοχήν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον id est, *Contractus est duorum vel plurium in idem conventio & consensus ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius.* Nam si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis causa, hæc etiam conventio est duorum vel plurium consensus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non est, sed nudum pactum; unde nec actio ex eo nascitur. *l. 3. C. de rer. perm.*

26 Quinimo etiam hoc ex eadem disputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse aut cum contractibus confundenda; sed esse & manere pacta nuda, quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: siquidem nec in proprium conventionis nomen transeunt, nec causam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis hæc relative ad stipulationem, aut ut sejuncta ab eo contractu cui adhibentur. Cæterum interpretes plerique hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis, alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta solummodo appellant, quæ vim obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Neque hoc caret ratione, & suo sensu recte dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis consideramus specialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem transeunt.

27 Jurisconsultus Græcus pacta legitima à nudis segregat διὰ τὴν ἰδικὴν ἰσχύν, contractibus autem in continenti adjecta in nuderum numero relinquit, sed quæ sint alterius naturæ & efficaciæ: sic enim ille μιλ. περὶ ψιλ. συμφ. γυμνὰ δὲ ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ κοινῆς τιλ καὶ ἀκόντως. εἰ γὰρ οὐδὲν ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπῖπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον ἠγνοημένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει· τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, μηδὲ τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀποφερόμενον γνώρισμα, οὐδὲν καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν καὶ ἠκριβωμένως κληθείη. καὶ οὐδὲν, οὐχ ὡς τὰ ἐξ ὑπερβολῆς, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος. *Ergo,* inquit, *revera nuda pacta sunt etiam quæ ex continenti, & merito. Nam si nudum pactum est, ut lex ipsa definivit, quod non lege quadam aut senatusconsulto specialiter confirmatur quod non transit in speciale nomen contractus, quod non stat in eodem genere primo aliquo dato vel facto, ut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps est, nec notam habet, unde agnoscatur habere eandem vim, nudum & ipsum artificiosè admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo, sed natura alterius & aliam vim habens.* Cæterum juris nostri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive simpliciter, appellare solent. *l. 6. l. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc tit. l. in bona. 13. C. eod. l. etiam. 30. ff. de usur. l. frumenti. C. eod. l. 6. C. de jur. dot. cum simil.*

Cap. IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

1 *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis insunt etiam ex parte actoris: adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei. & latius N. 4.*
2 *Illustratur hoc variis exemplis.*
3 *Removetur difficultas quædam, quam parit l. 7. §. 5. hoc tit.*
5 *Quid Papiniano sint adminicula cõtractus.*
6 *Quid extra naturam contractus Vlpiano.*
7 *Non male interpp. vulgo secernere naturalia contractuum à substantialibus.*
8 *Quid juris in pactis circa substantiam contractus.*
9 *Quid in pactis quæ contra substantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*
10 *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*
11 Ex continenti *sive* in continenti, *locutio nostris familiaris: cui opponitur* postea, ex intervallo &c.
12 *Quid Latinis* continens.
13 *Quam varie hæ voces* ex continenti, *vel* in continenti *in jure nostro accipiatur.*
14 *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*
15 *An etiam ea, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur, ubi multa notatu digna.*

1 EX his, quæ hactenus disseruimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & simplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut vicissim quid detur aut fiat, constituere contractum innominatum: cujus hæc vis sit, ut civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis producat. Agendum porro est de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem effectum habeant pacta apposita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum est, ea inesse bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipsum formare, legemque contractui dare: & contra de interpositis ex intervallo, ea non inesse ex parte actoris, sed tantum ex parte rei locum habere, eique prodesse ad exceptionem. *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc tit. l. in bona. 13. C. eod. l. cum dotem. 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.*

2 Illustremus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut satisdet dato fidejussore; sed sufficit regulariter nuda repromissio. *l. emptori. 37. l. si dictum. 56. ff. de evict.* Hic autem siquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem satisdaret, hoc est, fidejussorem (*waerborge*, qui secundus auctor. *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc sive conventio format contractum, id est, legem hanc contractui dat, ut satisdetur, formatque etiam ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex empto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehensum est, atque ut possit emptor judicio empti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine fidejussorem det. *d. l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod si vero ex intervallo emptione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejussorem pro evictione petendum non proderit. *l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* Vendidi tibi

 fundum

fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi. *l. si in emptione. pr. 34. l. fistulas. 71. ff. de contr. empt.* Et ex converso, quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hac conventio haud secus, qua de pretio alterius partis. *l. fundi. 79. ff. eod. tit.* Cæterum neutra aliter, quam si in continenti apposita sit. *dd. ll.* Natura depositi hæc est, ut in eo dolus duntaxat præstetur. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depos.* At enim si ab initio convenerit, ut depositarius culpam quoque præstaret, rata est conventio; quippe quæ legem hanc deposito dat; ut culpa quoque præstetur, quam alias hic contractus non recipit. *d. l. 1. §. si convenit. ff. depos. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus. de reg. jur.* Plura ejuscemodi exempla passim obvia. Huc etiam pertinet lex commissoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut si displicuerit, res sit inempta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Casus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præstantur. *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem damnum fatale sequeretur, conventio servabitur, quia legem contractui dedit. *d. l. contractus. 23. de reg. jur. d. l. 6. C de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de perio. & comm. rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur. Id tale est. Si in contrahendo matrimonio & dote constituenda hujusmodi pactum apponatur, ne tempore statuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, sed statim; hoc pactum soluto matrimonio ad agendum mulieri prodest, formatque actionem rei uxoriæ: Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos statim redderetur, tale pactum ad agendum non valet. *l. 7. §. 5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non est recessum à regula, ex pacto actionem non dari.

3 Dixeris autem hanc pactionem, non obstante eo, quod ex intervallo interposita sit, saltem prodesse debere ad replicationem, ut si muliere statim petente, excipiendo alleget maritus, ante annum non recte peti, replicare possit mulier, pacto eam dilationem esse sublatam. *arg. l. si unus. 27. §. 2. ff. hoc tit.* Respondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima est, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum, quod obligationem ex lege descendentem auget, inutile est adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege est, obligationem reddat; quod utique hic saltem effectu futurum esset, si vires haberet pactio. Alii respondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non nisi elapso anno obligat & cogit ad restitutionem dotis.

4 De pactis igitur adjicientibus sive augendæ obligationis gratia interpositis

positis sic habendum, ut si ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipsam, quæ ex contractu datur: quod Græci sic exprimunt, ἀμείβουσι, ποιοῦσι, μεταποιοῦσι τὴν ἀγωγὴν, καὶ τῷ ἐνάγοντι συμβάλλουσι. At contra, quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant; propterea quod post contractum jam usquequaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non prosunt, τῷ ἐνάγοντι οὐ συμβάλλει. At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviorem conditionem unius è contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta prosunt ad exceptionem, τῷ ἐναγομένῳ τίκτει παραγραφήν. Ut ecce, si post emptionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstet: hæc pactio quamvis ex intervallo interposita, contractu continetur, auctore Papiniano in *l. pacta conventa. 72. ff. de contr. emp.* id est, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præstanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti inest bonæ fidei judicio. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si. 21. sub. fin. ff. solut. matrim.* id est, judex exceptionis rationem habet, etiamsi reus in lite contestanda eam omiserit. Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure. Idemque dixerim, si talis conventio venditioni mox subjecta sit. *arg. l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita se habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* παρὰ φύσιν συναλλάγματος, ut Græci.

5 Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adesse & abesse possunt, ut tamen contractus per se ac sine iis consistat; Græci ἀφορμὰς vocitant: veluti, ut scriptura adhibeatur, ut periculum præstetur, ut præstetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos statim non expectato legitimo tempore dilationis reddatur, in emptione & venditione, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, vel, ut ne omnino præstetur, ut pensitentur usuræ pretii tardius exoluti. *l. 5. C. de pact. int. empt.* ut pretio sua die non soluto res sit inempta, &c. Pomponius causas obligationum vocat, sed quæ pacto mutabiles. *l. nex ex prætorio. 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea sunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id est, extra οὐσίαν, essentiam contractus, quæ non attingunt contractus substantiam.

6 Igitur extra naturam emptionis est, si quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, quid extra usum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.* emptionis substantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* citans sententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. quæst.* relata est in *d. l. pacta conventa.* appellat contractus naturam.

7 Non male tamen alias natura contractus à contractus substantia distinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia à substan-

substantialibus secernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter insunt cujusque contractus judicio, si de his nihil convenerit. *l.* 11. §. 1. *ff. de act. empt.* verbi causa, ut dicamus naturam emptionis & venditionis esse, ut simpliciter de evictione caveatur; depositi ut dolus solus præstetur; commodati, ut præstetur & culpa & diligentia. Hæc enim est horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus *l. si unus.* 27. §. 2. *in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere. *l.* 5. §. *pen. ff. de præscr. verb.* Cæterum quia hæc naturæ contractuum insunt tantum ex accidenti, & ideo adesse vel abesse possunt, salva substantia contractus, inde est, quod pacta, quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipsam contractus substantiam, hoc est id, sine quo negotium consistere non potest: verbi gratia, emptio & venditio sine pretio, locatio & conductio sine mercede nullius momenti sunt, quia ex his substantia horum contractuum constat.

8 Quid ergo juris in iis pactis, quæ substantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interposita, rebus integris, insunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti si post emptionem perfectam, re tamen adhuc integra, id est, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove. *l.* 7. §. *adeo.* 6. *ff. hoc tit. d. l. pacta conventa.* 72. *ff. de contr. empt. l.* 2. *ff. de resc. vend.* Atque hanc regulam usque adeo veram esse scribit Ulpianus in *d. l.* 7. §. *adeo.* ut constet conventione postea facta ab emptione cæterisque bonæ fidei judiciis re nondum secuta abiri posse. *l. ab emptione.* 58. *ff. hoc tit. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *ff. de resc. vend. l.* 1. *C. quand. lic. ab empt. disc.* Atque hoc argumento, tanquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari posse, puta ut vel pars tantum rei venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces. *l.* 2. *ff. de resc. vend. d. l. pacta conventa.* 72. *ff. de contr. empt. l. si unus.* 27. §. 2. *vers. quod si non. hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta insunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Respondemus hisce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum satis indicant notæ improprietatis, *quodammodo*, *quasi*. Hæc autem ea pacta sunt, quæ Græcis τὰ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφυόμενα, Ulpiano, quæ ex eodem sunt contractu. κατὰ φύσιν est καθ' οὐσίαν. ex eodem contractu, ex substantia contractus.

9 Eorum autem pactorum, quæ contra substantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam accessiones insuper habentur, & nullius momenti sunt salvo contractu; veluti si convenerit in societate, ut ab ea non liceat recedere. *l.* 14. *junct. l. nulla.* 70. *ff. pro soc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat, *l. si non fuerint.* 29. §. 2. *eod.* in deposito aut precario, ut non nisi post certum tempus repetatur. *l.* 1. §. *antepen. & pen ff. dep. l. cum precario.* 12. *ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac no-

mam

men inducunt: veluti si in deposito, commodato, mandato convenerit, ut merces præstetur: hic enim ex deposito, commodato, mandato, quæ natura sua gratuita sunt, efficietur locatio & conductio. *l. 1. §. si vestimenta. 8. ff. depos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. si pollicenda. 22. ff. de praescr. verb. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. §. ult. Inst. mand.* Natura emptionis & venditionis est, ut pretium & merx inter se commutentur, locationis & conductionis, ut merces & usus rei; si convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio est, non emptio aut locatio. *l. si quis. 38. ff. de contr. emp. l. si quis. 46. ff. locat.* Natura societatis est, ut uterque aliquid conferat; si convenerit, ut alter solus conferat, alter nihil; non societas, sed donatio est *l. 5. §. ult. pro soc.*

10 Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti si quis pecuniam hac lege deposuerit, ut depositario ea uti liceret, & ut præstaret usuras: hæc enim conventio licet excedat depositi modum; non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat. *l. Lucius. 24. l. Publia. 26. §. 1. ff depos. add. Hotom. illust. quaest. 36. & 17. Cujac. 2. obs. 15. & ad l. 7. §. quinimo. 5: & seq. ff. hoc tit. Pac. Duar. & Baron. ibid. Berthols. c. ult. de pact. n. 66. & 57. Bachov. c. de pact. renovat.*

11 Explicemus nunc, quod hic locus omnino postulat, quando pactum in continenti contractui adjectum esse intelligatur. Ex continenti sive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio est Jurisconsultis familiaris, idem significans, quod sine ulla intermissione, è vestigio, illico, confestim, continuo, παραχρῆμα, εὐθύς; quibus opponuntur *postea, post tempus, ex intervallo, μετὰ χρόνον.* Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc *confestim*, ait Ulpianus in *l. 3. §. cum autem. 9. ff. de vi & de vi arm.* & mox eundem, qui dejecit, permissum dejicere, non *ex intervallo, sed ex continenti.* quod Julianus in *l. qui possessionem. 17. ff. eod.* dicit *illico, in ipso congressu.* In *l. si usuras 21. C. de usur.* in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem è vestigio secuta est. In *l. lecta. 40. ff. de reb. cred. l. si ita. 135. §. Seia. 2. ff. de verb. oblig. l. 3. C. de edil. act.* pactum in continenti factum aut secutum, est pactum contractui continuo appositum, junctumque quasi negotii quadam continuatione.

12 Continens enim inter alia Latinis idem est, quod Græcis συνεχής. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id est, in suburbiis, ἐν προαστείοις. *l. ædificia. 139. l. mille passus. 154. l. collegarum. 173. §. 1. l. absentem. 199. ff. de verb. sign.* Qui in continentibus urbis nati sunt, Romæ nati intelliguntur. *l. 147. eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ sunt, ut Galliam & Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari. *l. missionem. 99. §. 1. eod.* Cicero in epistolis partem Cappadociæ continentem cum Silicia facit. Cæterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re subjecta aliter atque aliter accipiuntur.

13 Interdum in continenti accipere debemus ἐν πλάτει cum modico spatio & laxamento aliquo temporis, quod arbitrio judicis sit definiendum. *l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad leg. Falc. l. ratum. 13. ff. de solut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur. *d. l. notionem. 99. §. 1. de verb. sign.* In lege Julia de adulteriis coërcendis, qua permissum patri filiam in adulterio deprehensam una cum adulterio occidere, sed in continenti, *τὸ in continenti* sic acceptum est, ut si dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non dissimulante, & interpositis horis apprehensa sit, & à patre, qui eam persequebatur, occisa, in continenti occisa videatur. *l. quod ait lex. 23. §. ult. ff. ad leg. Iul. de adult.* Interpositis horis, est μετά τινας ὥρας, post horas aliquot, ut Græci *lib. 60. Basilic tit. 37.* Interdum & quod triduo post factum est, ex continenti factum intelligitur, ut in specie *l. ult. C. de err. advoc.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l. ult. C. de judic.* In materia defensionum Græci interpretantur in continenti ἐντὸς δύο ὡρῶν, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit. Cujacius *lib. 5. obs. 18.*

14 Pacta autem ex continenti fieri dicuntur, quæ fiunt in ingressu contractus. *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.* in ingressu, id est, initio contractus. *l. initio. 5. C. de pact. int. empt. l. contractus. 23. de reg. jur. l. si alienam. C. de fidejuss.* quæ ab initio fiunt. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. Lucius. 24. ff. depos. in fin.* Græcis ἐν ἀρχῇ γινόμενα. Initium autem & ingressum non debemus intelligere primum contrahentium congressum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihildum tractatum est? sed quæcunque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum est, ea contractus initium recte appellamus; quia plenum in rem consensum antecedunt: item ingressum, quia sunt ejusmodi, per quæ ingredimur & pervenimus ad eum consensum. Neque enim verbi caussa, ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter se cœperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur, sed longum sæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat. *l. 8. C. de resc. vend.* Qua ratione quæ in ingressu contractus fieri dicuntur *d. l. 7. §. quinimo.* alibi dicuntur fieri tempore contractus. *l. pen. C. de pact. int. empt.* quia scilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, seu in negotio gerendo, ut hoc expressit Ulpianus *l. paciscι. 31. ff. hoc tit.*

15 Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici posse fatentur secundum verbi significationem, sed negant id posse intelligi in quæstione proposita, cum scilicet, *incontinenti* & *postea* sive *ex intervallo*, opponuntur. & sane non sine speciosis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo.* quæ legem contractui dant, id est, quæ sunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, sine quibus contractus i[illegible]o [illegible]. At non alia pacta videntur legem contractui dare posse, quàm quæ interponuntur antequam de re convenit in negotio gerendo,

cum

cum adhuc contractus est in fieri, ut possit per pactum formari, ut loquitur Castrensis in *d. l. 7. §. quinimo.* Contractus autem jam perfectus & absolutus non potest eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter se pugnent, venditionem verbi causa contrahi simpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend:* ajunt, non tantum scriptum esse, eam conventionem valere, quæ facta est initio venditionis: sed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quæ initio facta non sit. Neminem autem dicere posse pacta in ingressu aut initio contractus facta esse, quæ contractu jam perfecto secuta sunt: licet enim statim sequantur, fieri tamen postea, id est, post contractum negotium. Quamobrem etsi maxime non repugnat significationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto è vestigio apponuntur; tamen non posse dici adjecta in ingressu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique insint & partem ejus constituant. Verum enim vero vix est, ut ego huic sententiæ acquiescere possim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo.* ubi Jurisconsultus sic definit, ut siquidem pacta ex continenti subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; sin ex intervallo, non item. Nam his verbis, si quid ego video, satis aperte significat etiam ea pacta, quæ post contractum, dummodo sine intervallo, subjiciuntur, ex parte actoris inesse: ex adverso vero non inesse, si quid post contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipse postea hoc explicat. Et huic simile est, quod Imperatores in *l. 3. C. de ædil. act.* rescribunt, posse emptorem experiri secundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti secuti: ubi palam est per pactum antecedens intelligi id, quod in ingressu sive initio aut tempore contractus interpositum est: in continenti secutum, quod mox contractui adjectum. Unde necessario consequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti subjiciuntur, contractui bonæ fidei ex parte actoris inesse, actionemque ex contractu descendentem formare, ejusque velut partem censeri διὰ τὴν συνέχειαν, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, necesse non est sic præcise accipi; ut excludatur id, quod in continenti nullo alio actu interveniente subsequitur, & demum quasi serio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod statim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas *l. si quis. 25. §. jussum. 4. ff. de acq. her.* in ipso negotio interpositum dicitur. *l. obligari. 9. §. tutor. 5. ff. de auct. tut.* eo quod συνεχῶς, continenter, & quasi calente adhuc negotio subsequitur. & sic etiam in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit. *l. 1. in fin. ff. de solut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo. ff. hoc est. ea pacta insunt, quæ legem contractui dant: id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* Nam particula, *id est*, hoc loco non est ὁριστική, sed παραδειγματική, non definit, sed declarat, quemadmodum passim exemplis deservire solet, uti

observare licet in *l. si ex causa. 9. in fin. pr. ff. de minorib. l. 8. ff. de vulg. & pupill. subst. l. 3. §. caeterum. 12. ff. de acq. poss.* sexcentisque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l. 7. §. pactorum. 8.* ibi, *id est, ne à L. Titio petam.* Perinde igitur verba illa accipienda sunt; ac si scriptum esset. *ea pacta insunt, quae legem contractus dant, veluti quae in ingressu contractus facta sunt.* Pacta quoque stipulationi in continenti subjecta stipulationi inesse responsum est. *l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* sed nimirum, quod locus iste solummodo probat, ex parte rei; ex parte vero actoris in stipulationibus, quarum stricta est natura, tantundem dicere non ausim. Sed de eo postea ex professo.

CAP. X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonae fidei judiciis.

1 *Argumenta, quibus ostenditur pacta, licet in continenti facta, non inesse strictis judiciis ex parte actoris.*
2 *Removetur objectio quaedam ex l. 1. §. quod vulgo. 25. de vi & de vi arm.*
3 *Nullum locum in jure nostro occurrere, quo probari possit pactum mutuo aut stipulationi in continenti appositum actionem parere.*
4 *Cur usurae in bonae fidei judiciis ex pacto statim apposito debeantur, credita pecunia non item.*
5 *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur pacta mutuo adjecta prodesse creditori ad actionem.*
6 *Respondetur ad argumentum ductum ex l. in traditionibus. 48. hoc tit.*
7 *Non recte ex l. venditor. 13 comm. praed. colligi, pacta ex continenti facta stipulationi inesse à parte stipulatoris.*
8 *Explicatur l. petens. 27. C. hoc tit.*
9 *Sententia l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis. 135. §. [illegible] de verb. obl.*
10 *Interpretatio l. lecta. 40. de reb. cred.*
11 *Omnis oratio quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum est.*
12 *Conclusio & summa praecedentis disputationis.*

QUaestio est agitata in Academiis, an quae pacta in continenti subjiciuntur contractibus stricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, prosintque actori ad actionem, ut ea, quae in continenti adjiciuntur contractibus bonae fidei. Mihi verior semper visa est sententia negantium, quam & amplexi sunt *Cujac. & Busi. ad l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. Alciat. & Donell. ad l. in bona. 13. C. eod.* & novissime duo eximii Jurisconsulti, *Diod. Tuldenus, & Ant. Perezius in tit. Cod. eod.* nec non *Henr. Zoes. ad Pand. eod. n. 61. & seqq.*

1 Etenim persuadere mihi non possum frustra esse, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim addunt, in bonae fidei judiciis. *d. l. 7. §. quinimo. l. in bona. 13. C. eod.* Quorsum enim haec adjectio, *in bonae fidei judiciis*, nisi ut intelligamus in strictis judiciis non idem juris esse? Non licet hic dicere Jurisconsultum in *d. l. 7. §. quinimo. 5. & seq.* exempli duntaxat causa mentionem facere judiciorum bonae fidei, non quia aliud juris sit in judiciis strictis: quoniam cum variis exemplis rem illustret, nullum tamen profert, nisi judiciorum bonae fidei. Sic cum dicitur, in bonae fidei contractibus usuras ex mora deberi,

deberi. *l. mora.* 32. §. 2. *ff. de usur.* hoc significari constat, deberi in hisce judiciis tantum, non etiam in judiciis stricti juris; quippe in quibus non debentur, nisi in stipulationem deductæ. *l. Titius.* 24. *ff. de præscr. verb. l.* 3. *C. de usur.* Similiter cum dicunt Consulti exceptiones pacti & doli inesse bonæ fidei judiciis. *l.* 3. *ff. de resc. vend. l sed & si.* 21. *in fin. ff. sol. matr.* hoc eos dicere intelligimus, in his solum inesse, in strictis non item: quoniam in strictis exceptiones non veniunt, nisi nominatim contestatæ. *l. siquidem.* 9. *l. ult. C. de except.* Denique supervacuum & ineptum esset de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur.

2 Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronuntiari, quod tamen tanquam παραδειγματικῶς prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dici Jurisconsultus in *l.* 1. §. *quod vulgo.* 25. *ff. de vi & de vi arm.* scribit, saltuum hibernorum æstivorumque retinere nos animo possessionem. Id enim ait exempli tantum causa Proculum dixisse: cæterum idem esse in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut possessionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta sit de saltibus hibernis & æstivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis tempotibus relinquere solemus *l.* 3. §. *saltus.* 11. *ff. de acq. poss.* quod in aliis prædiis ita fieri non solet. Eadem tamen omnium ratio est, quod attinet ad possessionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & stricti juris in re proposita ratio longe sit diversa.

3 Postremo nullus in libris nostris locus occurrit, quo probari possit, pactum mutuo aut stipulationi quantumvis in continenti appositum, actionem parere, contractibus istis legem dare, actionemve eorum formare, ita his inesse, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi possit ad id, quod pacto comprehensum est, augere aut extendere verborum aut pecuniæ creditæ obligationem. Proponamus me stipulatum esse fundum dari, & deinde convenisse in continenti, ut ad fundum accederet familia rustica aut boves aratorii; nam pactum stipulationi apponi non potest, nisi post responsionem; cum id quod verbis ipsis continetur, pars sit stipulationis. Ajo familiam rusticam bovesve aratorios neque ex pacto neque ex stipulatu peti posse, utut pactum factum sit statim & subjectum stipulationi. Ratio est, quia natura stipulationis hæc est, ut, quoniam verbis, non solo consensu fit, pro omisso habeatur, quicquid palam verbis non est expressum. *l. quidquid.* 99. *ff. de verb. oblig.* Similiter si tibi centum dedero mutuo, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter. centum mihi redderes & alia quinque: nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia re obligatio contrahi non potest ultra quam datum est. *l. si tibi.* 17. *pr. ff. hoc tit.*

4 Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hic efficitur, quod interposita stipulatione? Usuræ in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto statim apposito debentur. *l. dum quidam.* 17. §. *ex locato.* 4. *ff. de usur. l.* 5. *C. de pact. int. empt.* creditæ pecuniæ non item. *l.* 3. *C. de usur.* Cur tam varie! An quia usuræ odiosæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fi-

dei quidem judiciis usuræ ex pacto peti possent, per *l. quod si locus. 11. ff. de relegiosf. l. 7. ff. de ser. export.* & quid si convenerit, ut usuræ unciæ duntaxat, aut sextantes præstentur? Denique non à favore vel odio, sed ex eo, quod pacta vel insunt, vel non insunt, quæstionis hujus decisio petenda: fieri enim non potest, quin ubi pactum contractui inest, partemque ejus constituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum, quod pacto comprehensum est, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quàm quæ à Paulo redditur *lib. 2. sent. 14.* scilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Quibus verbis manifeste significat, nulla pacta mutuo adjecta inesse ex parte actoris, sive prodesse ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus transire nequeant; & ideo effectu manere nuda. Contractuum vero bonæ fidei alia ratio est, & eorum maxime, qui solo consensu perficiuntur: nam ut hi contractus solo consensu constant, ita & omnem consensum, tanquam naturæ suæ convenientem admittunt, ac de his potissimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interposita & ipsa his contractibus insint; cæterum præter exemplum de usuris in deposito irregulari. *l. Lucius. 24. ff. depos.* non alia, quam quæ circa præstationes horum contractuum fiunt; veluti ut in deposito culpa quoque præstetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam casus fortuitus. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depos. l. 5. §. 1. comm. l. 1. C. eod. l. quæ fortuitis. 6. C. de pign. act.* cujusmodi tamen pactis locus esse non potest in mutuo. Argumentorum, quibus hæc sententia oppugnatur, & contraria adstruitur magna est copia, cæterum vix unum & alterum, quod stringat. Congessit ea Johan. Gœddæus *tract. de contr. & committ. stipul. c. 8. concl. 2.* ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus strictis pacta ex continenti facta inesse à parte actoris, actionemque verbi causa ex stipulatu aut condictionem certi formare. quæ & DD. communi est opinio, probata quoque Hotomano *illustr. quæst. 36. & 1. amicab. resp. 51.* Duareno & Ant. Fabro in *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.*

5 Primum videbimus, an ita se res habeat in mutuo. Affertur hic pro firmamento istius assertionis textus in *l. 3. ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo etsi cautum non sit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere. Ex quo colligunt; si hoc cautum sit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris inesse, eique prodesse ad actionem. Ridicule. Nihil enim illa cautio addit mutuo. Quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, quæ data est, naturæ ipsius mutui insit citra ullam aliam conventionem, ut ipse Pomponius hoc explicat. Ait Gœddæus posse mutuum contrahi cum pacto depositi, idque probari existimat per *l. quod si. 13. ff. de reb. cred.* ubi tamen inversus casus proponitur, nempe pecuniæ depositæ sub lege mutui, ut liceret depositario, si velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutua dedisse ea lege adjecta, ut si non utaris, sint apud te deposita; nihil hoc ad præsentem disputationem pertinet: nam ex hujusmodi pacto non novam inquit mu-

tuum

tuum qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi potest ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud se depositam: sed si, quod ei liberum, utatur, mutuum erit, si non utatur, depositum. Non majoris ponderis est argumentum petitum ex *l. aut mutuus. 6. ff. de eo quod cert. loc.* posse nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut solvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, sed potius restringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor possit alibi conveniri. Utique non est hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli possit ad solutionem illo loco faciendam.

6 Atenim generaliter, ajunt, definitum est, in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere. *l. in traditionibus. 48. hoc tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Respondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam si datio & traditio sit irrevocabilis; cujusmodi est in iis, quæ constituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquissimum est, ut rem accipienti eam, quam velim, legem dicam, eaque firme custodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipsa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia à pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam à jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præstetur; quibus ut pacta quævis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuum mihi hac lege datum esse, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non existimo his pactis me firmiter obstringi; maxime cum mutuum natura sua sit gratuitum, & hujusmodi pacta in fraudem legum de usuris fieri possint. Nec dubito, quin falsa sit sententia Ant. Fabri in *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.* affirmantis omnibus hisce casibus actionem præscriptis verbis competere quasi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuo maneat, ibi dici non potest esse contractum do ut facias. Si commodaro talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum esset, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc disputatio est de pactis actionem ipsius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipsam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehensum est.

7 Sed fortassis procedet ista opinio in pactis adjectis stipulationi. Urgent hic Hottomannus & Goeddæus verba Ulpiani in *l. venditor. 13. ff. comm. præd. persona possidentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.* quasi his verbis id significaret Jurisconsultus obligari possidentes per pactionem stipulationi aut venditioni adjectam. Atqui species ipsa illic proposita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum casus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod subjicitur, possidentium personas obligari per stipulationis vel venditionis legem, id non eum sensum habet, quem Hottomannus & Goeddæus putant, sed hunc, obligari eos per stipulationem vel pactionem

ctionem venditioni adjectam, sive per legem stipulatione vel pacto venditioni datam. Non enim pactio solum, sed etiam stipulatio statim contractui adjecta lex dicitur. *l. legem.* 9. *C. de donat. Cujac.* 8. *ad African. in l.* 24. *ff. de praescr. verb.*

8 Mirifice autem sententiam suam juvari putant rescripto Imperatorum in *l. petens.* 27. *C. hoc tit.* nam illic ita scriptum est; *Petens ex stipulatione, quae placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum, sive post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat.* Hic Hottomanus, quid aliud est, inquit, petentem ex stipulatione, quae pactum antecessit, audiendum esse, nisi actionem ex stipulatione, cui pactum in continenti subjectum est, competere? Denique ad actionem producendam nihil interesse, utrum ante, an post stipulatio facta sit. Sed non videtur Hottomannus satis penticulate rescriptum illud examinasse. Verba ipsa ostendunt agi illic de eo casu, quo quid petitur ex stipulatione quae placiti servandi causa secuta sit, sive de stipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hic ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum praecesserit, an post statim interpositum sit. Prima facie haec inter se pugnare videntur: quomodo enim fieri potest, ut stipulatio sequatur pacti ejus servandi causa, quod ipsum demum post stipulationem interponatur? Et certum est eodem sensu ac ratione utrumque simul statui non posse: at diversis rationibus potest. Nam quae stipulatio praecedit tempore vel scriptura, ea nihilominus recte dicitur sequi, nempe natura & intellectu, ut bene *Cujac.* 10. *obs.* 24. *Donell. ad hanc l.* 27. *C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & stipulatione, de quibus agitur, duplex ordo est; naturalis unus, quem sibi proponit mens & cogitatio contrahentium; alter scripturae, quo duo ista in instrumento scribuntur. Ordine naturae stipulatio omnis, quae adhibetur pacti servandi causa, semper sequitur: prius enim est, ut sit pactum, quam ut firmetur stipulatione. At scripturae ordo inverti potest, ut incipiatur a stipulatione hoc modo; *Quae infra scripta sunt ea sibi dari fieri stipulatus est Publius Maevius, spopondit Lucius Titius. Quae autem inter se pepigerunt, ea sunt, quae sequuntur,* &c. Hoc vero cum sit, locus est huic rescripto. Et nimis igitur temere Hottomanus pronuntiat, ineptissime in hoc rescripto legi *secuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum statim post stipulationem interponatur, id non exigunt propter stipulationem, sed propter pacta, quae sequuntur, ut sciatur, utrum ad praecedentem stipulationem pertineant, nec ne.

9 Adhaec non leve momentum ad sententiae suae confirmationem reperisse se existimant in *l.* 4. §. *ult. ff. hoc tit.* & *l. si ita quis.* 135. §. 2. *ff. de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid praesidii sibi positum putent, justam causam habent. Nam quod ad *d. l.* 4. §. *ult. ff. hoc tit.* attinet, sive casum ita formemus, ut ponamus stipulationem sortis & usurarum praecessisse, ac mox huic stipulationi pactum subjectum de non petenda sorte, donec usurae solverentur: sive cum Accursio dicamus praecessisse conventionem, quam secuta sit stipulatio, in qua tamen praecedens conventio repetita videatur, juxta *l. Titia.* 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* neutrum efficit,

efficit, quod volunt. Nam nec ulla hic quæstio est, an pacta detrahentia à parte rei insint, eoque ipso jure defensionem pariant incontinenti stipulationi adjecta, quale proponitur in *d. l. 4. §. ult.* sed an pacta adjicientia & augentia obligationem insint à parte actoris, eique prosint ad actionem: nec ille casus huc pertinet, cum non pactum stipulationi, sed stipulatio pacto subjicitur. Atque ob hanc eandem rationem frustra quoque sibi opem quærunt in responso Jurisconsulti in *d. l si ita. 135. §. 2. ff. de verb. oblig.* quippe cum nec in specie illic proposita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, sed duntaxat ad temperandam conditionem stipulationis; atque hanc solummodo vim habeat, ut non possit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10 Unus maxime locus sententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Nam etsi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti stipulationis facta ad actionem prodesse (nihil enim hoc ad quæstionem illi propositam pertineret, cum agat ille de eo pacto, quo pactus erat creditor, non ut peteret, sed contra ne peteret solidam sortem, quæ prius ex stipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta stipulationi inesse, eo dicto nihil aliud significare, quam pacta in continenti facta ex stipulatione esse, esse partem stipulationis; denique stipulatione contineri, quod intelligetur ex quæstione illi proposita. Promissa erat sors tota Calendis cum usuris totius. Pactum secutum est ex continenti ut sors non jam tota solveretur Calendis, sed particulatim constitutis certis pensionibus in singulos menses. De usuris quærebatur, an si tota sors ex conventione soluta non esset Calendis, nihilominus totius sortis usuræ deberentur. In hac quæstione ut efficiat Paulus totius sortis usuras non deberi, sed ejus tantum pensionis, quam solvi oportuit, propositum illi est ostendere superiore pacto recessum esse à stipulatione sortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, sed ipso jure, quasi eo pacto renovata sit præcedens stipulatio, id est, quasi secundum hoc pactum stipulatio sortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum stipulationi inesse videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta stipulatione contineri. Hoc autem si verum est; consequens est contra quam dicebamus, si quod pactum in continenti secutum est stipulationem, actionem eo nomine nasci ex stipulatione: quandoquidem ex stipulatu actio competit de iis rebus, quæ stipulatione continentur. De quo ut jam respondeam non nego hoc ipsum significari à Paulo, si quis generalitatem dicti sequi velit, non mentem intueri & sententiam scriptoris: sed verbum generis restringendum est ad id, de quo illic est sermo, & dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc est, de quo nunc agitur, id est, quæ fiunt de ea re, quæ in stipulationem deducta est, ea pacta si in continenti seu è vestigio sequantur stipulationem, stipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri stipulationem, ac si in verba eorum à principio stipula-

stipulatio esset concepta: id enim fieret, si ea stipulatione continerentur. Quod si pactum erit de alia re, quam quæ in stipulationem deducta est, haud dubie non continebitur illud stipulatione; nam quomodo contineri potest, quod verbis stipulationis non est comprehensum? *l. quidquid. 99. ff. de verb. obl.* Neque hæc inter se pugnant. Multum enim interest, utrum obligationi quid detrahas, ut in specie Paulo proposita factum est, an aliquid adjicias, & in re, quam adjicis, utrum conditio sit aut dies, aliave qualitas, an vero sit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem stipulationis mutare possumus manente stipulationis substantia, quæ ex re promissa constat, dummodo diversitas illico placuerit. *l. 1. §. 3. d. tit.* Novam autem stipulationem constituere aliam atque aliam rem promittendo sine verbis, id est, sine interrogatione & responsione non possumus.

11 Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda est, quia placet orationem omnem, quantumvis generalem de his tantum accipiendam esse, de quibus actum est, ut innumeris locis ostendi potest. *l. qui cum. 9. §. ult. ff. de transact. lex. si de certa. 31. C. eod. l. de eo. 12. §. 3. ff. ad exhib. l. ingenuum. 25. ff. de stat. hom. l. si procurator. 35. ff. de acq. rer. dom. §. fratris. 3. Inst. de nupt.* Quidam putant pactum in superiore specie prodesse etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas pensiones singulas earumque sua die non solutarum usuras. Sed male. Nam creditor, qui totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit & singularum partium actionem: itaque hanc ex pacto non desiderat. Neque potest pactum hic propositum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim posset actio esse ex ea conventione, quæ non ad obligandum promissorem interposita est, sed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod darum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quæstio erat, an pacto isto etiam à stipulatione usurarum recessum esset, solutio quoque usurarum dilata ac divisa. Si verba spectamus, non videtur; si vim ac potestatem, contra. Nam cum ita paciscendo sortis solutionem distulerit & diviserit creditor, consequens omnino est, ut etiam divisile intelligatur solutionem usurarum.

14 Ut summatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ stipulatione comprehensa est, sive hæc detrahant aliquid de summa præcedente, sive detrahant stipulationi diem aut conditionem, sive hæc duo stipulationi adiiciant, omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, id est, statim & sine intervallo stipulationi subjiciantur, recte dicantur stipulationi inesse: atque his pactis ita renovatur ipso jure stipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde sit, quasi nec in stipulationem venisset, sive summa detrahatur, sive dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde sit, ac si à principio hoc stipulatione comprehensum esset. Intelligi autem debet omnia hæc pacta esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis: nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur stipulationi, scilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui statim pecunia peti potuisset. Hoc intellecto recte dicemus pacta omnia stipulationi ipso jure detra-

detrahere, seu efficere, ut quod in his ex continenti factis stipulationi detrahitur, nec deductum in stipulationem videatur, detracto sine intervallo consensu, quamvis verbis manentibus. Quod si pacta obligationi adjicient, id est, de alia re præstanda facta erunt, quam de ea, quæ stipulatione continetur, hæc ita stipulationi inesse non possunt, ut his subjectis ex stipulatione agi possit. *arg. l. quidquid. 99. ff. de verb. obl.* Hæc fere me summa est eorum, quæ in hanc sententiam fuse disputantur à Donello in *d. l. lecta. 40. ff. de reb. cred. n. 23. & seqq. add. Cujac. in l. si ita. 135. ff. de verb. oblig.*

CAP. XI.

Quanam actio detur ad petendum id, quod pacto in bona fidei contractu interposito cautum.

1 *Ex pacto in bona fidei contractu interposito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appositum.*

2 *Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præscriptis verbis dari existimant.*

3 *Species l. Labeo 50. de contr. empt.*

4 *Baldi & Duareni sententiam non juvari l. 6. de resc. vend. & l. 2. C. de pact. int. empt.*

5 *Cur recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam vel in d. l. 2. esse correctoriam*

6 *Ex pactis, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præscriptis verbis.*

7 *Falsum esse ostenditur, quod quidam existimant non posse ex eodem negotio competere duplicem actionem, quarum una sit bonæ fidei, altera stricti juris.*

8 *Movetur difficultas ex l. 4. de leg. commiss. & l. 16. de in diem addict.*

9 *Bachovium, dum hinc se expedire conatur, subtilem agere.*

10 *Non pugnare d. l. 4. & d. l. 16. cum sententia tradita n. 6.*

1 QUæ hic nostra sit sententia, ex iis, quæ superioribus capitibus disseruimus, facile intelligi potest. Diximus illa pacta duntaxat inesse, quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præstationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum est. Et igitur hic ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus contractus, cujus in continenti apposita sunt. Nam quod Baldus in *l. 7. §. quinimo. hoc tit. n. 4.* & Duarenus *ibid.* duas ex hujusmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ sit ipsius contractus, alteram præscriptis verbis, quæ nascatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari potest.

2 Est enim constanter traditum, ubi actiones usitatæ & nominatæ competunt, non esse locum actioni præscriptis verbis, sed ad hanc demum decurri illis deficientibus. *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de præscr. verb.* Itaque si verbi causa, tibi vendiderim partem insulæ, ut partem alteram, conductam in aliquot annos haberes, aut insulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut vendiderim prædium ita ut usuras, propter quas erat obligatum, penderem; cum ex omnibus his pactis actio sit ex vendito aut empto. *l. fundi. 79. ff. de contr. empt. l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. ex conventione. 11. C. eod. tit.* actio propria contractus, cui inserta sunt, præscriptis verbis ex his non dabitur itidemque de cæteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta

sunt,

sunt, dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimmo. 5. hoc tit.* Nam si pacta ex continenti interposita hactenus solum operantur: quatenus contractui insunt & formant actionem ex contractu descendentem, non poterit ex his competere actio præscriptis verbis: quippe cum eatenus nec insint, nec actionem forment: quatenus enim insunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. At actio præscriptis verbis est actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta possunt, quam quatenus & ipsa constituerent contractum innominatum, ut ipsi contractus formati pro dationibus & factis haberentur, quod absurdum est, eoque posito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum esse supra demonstravimus. Huc facit, quod a Maximino *l. 6. C. de jur. dot.* responsum est, pactum patris pro filia dotem dantis de ea sibi reddenda, non efficere, ut actio, quæ nomine dotis profectitiæ ipsi competit innovetur, aliave propria ei quæratur. Existimant nonnulli ex tali pacto ideo patri actionem non acquiri, quia quodammodo odiosum sit patrem pacisci dotem sibi reddi. At cur quæso pacisci magis odiosum, quam stipulari? aut cur odiosum omnino, cum etiamsi nec pactus nec stipulatus sit, actionem ad repetendam dotem habeat, ut vel hic ipse locus, ne plures allegare necesse habeam, aperte ostendit?

3 Nihil pro dissentientibus facit *l. Labeo. 56. ff. de contr. empt.* Nam ut recte Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, sed de venditione contracta sub conditione, quod etiam locus ipse satis ostendit. Proponitur bibliotheca vendita sub hac conditione, si decuriones Campani locum emptori vendidissent, in quo eam poneret. In hac specie si per decuriones Campanos non stet, quo minus conditio impleatur, Labeo actionem præscriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emptor aut impleat conditionem, aut venditori præstet, quod ejus interest conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emptorem stabat, quominus impleretur.

4 Præcipue vero moti videntur Baldus & alii *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. l. 6. ff. de rescind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti restitueretur; in altera, si res quæ venit, intra certum tempus displicuisset, redderetur; atque utroque casu conceditur vel actio ex empto, vel infactum præscriptis verbis.

5 Hic ergo probare non possum, quod à quibusdam respondetur ad *l. 2. C. de pact. int. empt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, sed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*, non ita esse accipienda, quasi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti posset: sed posteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id persuaderi posse non existimo. Apud Paulum Alexandri consiliarium in *d. l. 6. ff. de resc. vend.* converso modo scriptum est duas actiones ex pacto illic proposito & emptioni adjecto competere, ex empto, aut proximam empti in factum. Quid ergo hic respondebunt? Si quis dixerit particulam *aut*

apud

apud Paulum simili modo esse correctoriam, non διαζευκτικὴν, is solam admiserit actionem in factum præscriptis verbis, non ex empto: sin minus, fateatur utramque in specie Paulo proposita competere. Apud Pomponium ex sententia Celsi relatum est, si jusserim liberum hominem, qui bona fide mihi serviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. *l. si quis. 13. commu.* Quod si hic particula *vel* corrigendi vim habet, præscriptis verbis duntaxat, non etiam mandati experiri potero.

6 Quid ergo dicimus? nimirum in prædictis locis proponi casus singulares, & pacta ejusmodi, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cū sit, apud veteres sit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda esset: (exempli causa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis distrahendæ gratia appositum est, nam certo jure jam olim admissa hic fuit actio præscriptis verbis. *l. si vir uxori. 12. ff. de præscr. verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi posse, ita tamen, ut & altera adhuc manserit, atque in arbitrio paciscentis jam sit; utra in hujusmodi casibus experiri velit.

7 Quod vero quidam existimant ne his quidem casibus cum actione ex contractu concurrere posse actionem præscriptis verbis, neque fieri unquam posse: ut ex eodem negotio & actio, verbi causa, ex vendito detur, & actio præscriptis verbis, propterea quod illa bonæ fidei, hæc stricti juris sit, id ego falsum esse non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex causa emptionis, locationis, mandati, societatis, tutelæ, negotiorum gestorum utar condictione certi, quæ stricti juris est *l. 4. §. 1. §. 1. l. 9. pr. & §. 2. ff. de reb. cred. l. in duobus. 28. §. exceptio. 4. ff. de jurejur.* quamvis etiam ex empto, locato, &c. agere possim. De commodato, deposito, pignore idem dicendum est. *l. 4. §. 1. & d. l. 5. §. 3. ff. de reb. cred.* Et est extra pecuniam numeratam hic etiam locus condictioni triticiariæ. *l. 1. ff. de cond. tritic.* Nulla autem condictio proprie dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio est bonæ fidei. Et quid ni debitor soluto debito pignus condicere queat condictione sine causa? *l. 4. §. 1. ff. de reb. cre.* Sic in specie *l. 2. ff. de cond. sine caus.* locati actio cum condictione sine causa concurrit. in *l. ex empto. 11. §. si quis vina. 6. ff. de act. empt.* actio ex empto cum eadem condictione sine causa.

8 Sed hic nobis occurritur ex *l. 4. ff. de leg. commiss. & l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* quibus & ipsis locis de iis pactis agitur, quæ spectant ad dissolutionem contractus, cui applicantur, & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo sunt interposita. Etsi autem hoc sententiam nostram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adjectis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta sunt; tamen alia parte nobis adversatur, quatenus dicimus ex pactis resolutoriis, quæve tendunt ad contractus, cui apponuntur, rescissionem, utramque actionem competere, & præscriptis in factum verbis, & eam, quæ sit ex contractu. Hic

Pauci, quos æquus amavit
Jupiter &c.

expedire se potuerunt.

9 Bachovius Jurisconsultus subtilissimus, non tamen tam suæ sententiæ adstructor, quam destructor alienæ, existimat esse iterum aliquid singulare in casibus, qui referuntur *d. l. 4. ff. de leg. commiss.* propter quod ex istis pactis, ut ut resolutoriis, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui sunt apposita, detur, non etiam præscriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præscriptis verbis non datur, nisi in id, quod interest impletum esse, de quo convenit: cui consequens sit, ubi potestate legis impletur, quod in conventionem deductum est, ibi cessare actionem præscriptis verbis; idque evenire in lege commissoria & addictione in diem, si pecunia sua die soluta non sit, aut melior sit allata conditio; utpote quibus casibus ipso jure, & sine ulla actione contractus resolvitur. *l. 1. l. 5. ff. de leg. commiss. l. 2. pr. l. 4. §. 3. l. 9. ff. de in diem addict.* Quod si porro quis objiciat, resoluto ipso jure contractu ne actioni quidem contractus locum esse posse, respondet hanc quidem rationem fuisse dubitandi, quasi dominio ipso jure ad venditorem reverso res vendicanda sit: obtinuisse tamen, ut actio contractus daretur; quia utique semel intercessit & intermedio tempore vere substitit: & maxime ob præstationes personales, quæ in judicium vindicationis commode venire non possunt.

10 Cæterum etsi hæc à viro ingenioso subtiliter disputantur; mihi tamen longe verisimilius esse videtur, quod veteres etiam in casibus *d. l. 4. ff. de leg. commiss. & d. l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* & similibus ad rescindendam venditionem pertinentibus, tantum admiserint actionem præscriptis verbis. Patet hoc ex *l. si vir uxori. 12. ff. de pr. scr. verb.* cujus responsi auctor est Proculus, vetus juris conditor. Neque difficilis est ad *d. l. 4. & ad d. l. 16.* responsio; nempe etsi quidam existimaverint, etiam ex vendito istis casibus agi posse, & secundum eos quæstio decisa sit rescriptis Imperatorum Antonini & Severi. *d. l. 4.* nihilominus tamen mansisse adhuc actionem præscriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certissimum argumentum est, quod & Paulus in *d. l. 5. ff. de resc. vend.* & Alexander in *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* postquam jam diu quæstio decisa esset ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus concesserint: ut existimare liceat non illud quæsitum fuisse, an prædictis casibus ex vendito tantum agi oporteret, sed an posset etiam agi ex vendito, cum certo jure agi posset præscriptis verbis. *consent. Don. in d. l. 2. C. de pact. int. emt. Zoes. ad Pand. hoc tit. n. 54.* Tota autem hæc & superiorum aliquot capitum disputatio hodie supervacua & plane inutilis est: nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberato initorum non minor sit vis & efficacia, quam quæ stipulationis jure Romanorum fuit, consequens est, nec minorem eorum esse vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta sunt; nec quicquam referre contractibus stricti juris, an bonæ fidei, sive ex continenti, sive ex intervallo apponantur: denique superfluum nunc esse quærere, qua actione petendum, quod pacto comprehensum est.

CAP. XII.

De pactis tacitis.

1 *Illata & invecta in prædium urbanum, pignori esse locatori, quasi id tacite convenerit; in rusticis prædiis contra observari, & quare.*

2 *Explicatio l. 3. in quib. caus. pign. tac. contr. & l. 4. §. 1. eod.*

3 *Sententiam Iustiniani in §. item Serviana Inst. de actionib. à Theophilo recte expressam.*

4 *Locus Vlpiani in l. 14 §. 1. de relig. & sumpt. fun. explanatur.*

5 *Non cohærere §. 1. l. 7. in quib. caus. pign. tac. cum principio.*

6 *Quid novi constituerit Iustinianus l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.*

7 *An ad obligationem illatorum in prædium rusticum sufficiat illata esse voluntate domini, cum examine l. 5. C. de locat. & usu hodierno.*

8 *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25 annis, quas ille inscio curatore in ædes conductas intulit.*

9 *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris à studiosis importatis.*

10 *Qui chirographum debitori reddit, tacite pactus intelligitur, ne petat: & consequenter etiam pignus remisisse.*

11 *Pignoris redditi non eadem ratio. & quare.*

12 *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remissa videatur.*

13 *Quid juris si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus.*

14 *Refertur communis DD. sententia, asserentium etiam unius ex pluribus ejusdem debiti chirographo redditone censeri obligationem remissam. eorumque argumenta.*

15 *Refellitur hæc sententia, & argumentis à Bartolo adductis occurritur.*

16 *Respondetur plenissime ad singula argumenta prolata à Bachovio.*

SAtis jam contemplationibus Academicis indultum est, quæ porro sequuntur, ea non minus in foro, quam in scholis usum habent, & ubivis locorum etiam praxin exercentibus hodieque utilia sunt. In paciscendo nulla desideratur solennitas, sed sufficit quocunque modo paciscentes consentire vel expresse sermone, & tractatu inter præsentes habito, aut per epistolam nuntiumve inter absentes; vel tacite nullo tractatu habito *l. 2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc divisio, quod quædam sint expressa, quædam tacita. Pactum expressum est, quo aut verbis aut per epistolam nuntiumve voluntas paciscentium significatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis est, quæ expressi, *l. 2. & 2. seqq. ff. hoc tit.* Tacita conventio sive consensus tacitus vel lege tantum præsumitur intervenisse, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quasi ex tacito pacto pignori sunt locatori: quæ species tacitæ conventionis obligatoria est: vel re & facto aliquo consensus declaratur, veluti redditione chirographi aut instrumenti pignoris &c. Quod genus taciti pacti liberatorium est.

1 De priore genere ita jus est, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt ab inquilinis, ea pignori sint locatori, quasi id tacite convenerit. *l. 4. ff. hoc tit. l. 2. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* in prædiis rusticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi nascuntur, tacitum pignus quasi ex conventione habeat. *l. in prædiis. 7. ff. eod. tit. l. 3. C. eod.* illata autem & importata à colono non aliter pignoris jure teneantur, quam si id nominatim convenerit *d. l. 4. ff. eod. l. 5. C. eod. l. 5. C. de locat. §. 3. Inst. de interdict.* Hujus autem differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus

 populi

populi Romani. Solebant enim in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata. *l. si servum 61. §. locavi. 8. ff. de furt.* Quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum, sicubi dictum non esset, ut elegantur *Cujac. ad d. l. 4. ff. hoc tit. add. Donell. c. 4. de pign. Bachov. 1. de pign. 11. Tulden. in Cod. in quib. caus. pign. tac. n. 3. Perez. ibid. n. 2. & 7. Garz. ad l. 5. §. de locat. Christin. vol. 3. decis. 110.* Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quasi ex tacita conventione jus pignoris non habet; sed ad hoc opus est conventione expressa.

2 Nec est contrarium, quod Ulpianus in *l. 3. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* ex auctoritate Neratii respondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diversorium, vel aream tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo seorsum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ nostratibus *pack-huysen*: nam si fundus conductus sit, horreum pars fundi intelligitur. *l. fundi 211. ff. de verb. sign.* Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, sed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, sive planitiem, quæ circumsepta idonea sit, ad cœmenta, lateres, calcem, trabes, asseres, & hujusmodi alia reponenda & asservanda. Diversoria autem & stabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teste ipso Neratio, in causa taciti pignoris, à prædiis urbanis non differunt. *d. l. 4. ff. in quib. caus. pign. tac. add. l. urbana. 198. ff. de verb. sign.*

3 Quod autem Justinianus scribit *§. item Serviana. 7. Inst. de action.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet sententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere: Nam ut bene Myntingerus, relativum *quæ* illic non demonstrat, sed distinguit. In paraphrasi Græca clare rem sic expressit Theophilus, ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρὸν, καὶ γέγονάς μοι κολωνὸς &c. εἰσήγαγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματά τινα, οἷον ἵππους, βόας &c. συνθέμενος, ὥστε μοι ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος. *Conduxisti*, inquit, *à me fundum, & factus es mihi colonus &c. Induxisti autem in eum fundum & res quasdam, veluti equos, boves &c. pactus ut hæ mihi mercedis nomine obligarentur.*

4 Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum est *l. cesi quis. 14. §. 1. de relig. & sumpt. fun.* mortuo colono vel inquilino, si non sit unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & si quid superfluum remanserit hoc pro debita pensione teneri. Non potes hic respondere cum Bachovio *lib. 1. de pign. c. 11. n. 4.* non eam esse Ulpiani sententiam, quod invecta illata à colono vere pignori sint obligata; sed hanc, quod instar pignoris superfluum pro debita pensione retineri potest, eodem nimirum sensu, quo alibi idem Jurisconsultus ait, posse venditorem, emptore pretium non offerente, quasi pignus retinere rem quam vendidit. *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. de act. empt.* & Paulus *l. creditoris. 15. §. ult. ff. de furt.* commodatarium ob impensas in rem commodatam factas

habere

habere retentionem, quasi pignoris loco ea res sit. Etenim verba illa Ulpiani *si quid superfluum remanserit, hoc pro debita portione tenetur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinent, a quo illata & invecta constat pro mercede pignoris nexum subire. Deinde non alius retentionem rei habere potest, nisi qui & eam detineat; qui in proposito non est locator, sed heres conductoris, cui & cura funeris incumbit. Denique non dicit Ulpianus, posse superfluum quasi pignus retineri, sed superfluum pro debita pensione teneri, quo verbo significatur obligatio. *l. 6. l. 9. ff. in quib. caus. pign. tac. l. grege legato. 11. pr. ff. de pign.* & passim alibi. atque hoc innuit Jurisconsultus etiam tacito pignori impensam funeris præferri, utpote quæ omne creditum præcedere soleat, cum bona solvendo non sunt. *l. pen. ff. de relig. & sumpt. fun.* Rectius dixerimus ponendos esse terminos habiles, nempe eum in colono casum, quo de ill. t. s. ut pignori essent, expressim, ut & alloleт, *l. potior.* 11. §. 2. *ff. qui pot. in pign.* convenit.

5 Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l. 7. ff. in quib. caus. pign. tac.* non cohærere cum principio: sed illic determinari, quænam ex illatis & invectis pro mercede ædium conductarum teneantur, idque magis placet, quam quod Perezius existimat, locum accipiendum esse de eo casu, quo expresse placuit illata quoque & invecta in fundum pignoris jure teneri.

6 Minime autem movere nos debet constitutio Justiniani in *l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.* quippe qua constitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium rusticum, sed jus taciti pignoris in invectis & illatis in prædium urbanum, quod antea quibusdam in locis duntaxat obtinebat, producitur ad omnes provincias. Itaque τῷ ἐν ἀρχῇ λιμεῶνι, qui argumento hujus loci conatur probare non minus in prædiis rusticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca inductorum & invectorum habere locum.

7 Veterum interpretum sententia est, in urbanum quidem prædium illata indistincte pignori esse, etiamsi neque pactio intercesserit, neque sciverit locator illata esse: in rusticis autem prædiis, expressa quidem conventione opus non esse ad illatorum obligationem, cæterum ut ea pignoris nomine teneantur, sufficere si voluntate domini illata sint; quod nec ipsum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris. 5. C. de locat.* ibi, *qua voluntate dominorum coloni induxerint* &c. Sed cum novum non sit, ut voluntatis nomine adsignificetur expressa conventio. uti apud Marcianum in *l. Pomponius. 5. §. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* & apud Justinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id est, expressa conventione dicitur fieri novatio; satius est ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventione. Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini, quid inferatur, nisi simul ut pignori illud sit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata sic recte accipi possunt, cum *Donell. de pign. c. 4.* si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim

hanc legem locationi dat, vi ipsa & per consequentiam pacisci intelligitur, ut quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa sint. Græci *πάντα ὅσα οἱ μισθωταὶ εἰσάγουσιν εἰς τὸν οἶκον τοῦ μισθωθέντος αὐτοῖς ἀγροῦ, βουλομένου τοῦ δεσπότου, ὑπόκεινται ταῦτα ἐπὶ τῷ μισθώματι, ἐπειδὴ εἰς μισθωθέντα, καὶ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου εἰσενεχθῶσιν, ὑπόκεινται*. id est, *Quæcunque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur: quæ vero in ædes conductas inferuntur, ea pignori sunt, etiamsi importata sint domino ignorante*, in eandem, ut videtur, sententiam. Cæterum superior DD. opinio in praxi prævalere dicitur: & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta usum fori, vaccæ, boves, oves, cæteræque pecudes, quæ pascuntur in agris & pascuis conductis; pignori sunt locatori, si sciente illo fuerint immissæ. In Gallia sine prædiorum distinctione invecta & illata sive in urbanum sive in rusticum absque ulla conventione & ignorante quoque locatore, pro mercede obligata censeri, tradit. *Groenew. de ll. abrog. ad l. 5. C. de locat. ex Bern. autumno* & id nostris quoque moribus obtinere.

8 Porro ex iis, quæ supra dicta sunt, satis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non esse vere & proprie, aut totum legale, seu quod ab ipsa lege constituitur; sed esse ex tacita conventione, quam lex præsumit ex facto illationis. Unde quæsitum est, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille sine curatoris consensu in ædes conductas intulit. Et siquidem hoc esset pignus mera legale, id est, si citra ullam conventionem de pignore sola potestate legis induceretur, nullum hic esset privilegium minoris; quia lex operatur sine respectu personarum, unde bona minoris cum fisco contrahentis. *l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.* item uxorem ducentis obligantur: quia istæ hypothecæ sunt pure legales, ut recte *Gloss. & Cyn. in l. ult. C. de leg. tut.* (quanquam hic dissentit Costalius in *l. 4. ff. h. tit.* falso asseverans Bartolum sibi in hac re assentire in *d. l. 4.* & in *l. si constante. 24. ff. solut. matr.*) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis est, sed magis conventionalis, nascens ex præsumptione tacitæ conventionis, ut apparet ex *d. l. 4. ff. h. t. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. l. ult. C. eod.* dixerim res à minore illatas sine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignerandi non habet. Ita *Costal. post DD. comm. in d. l. 4. ff. hoc tit. & in d. l. si constante. 24. ff. solut. matr. Stchard. ad l. 5. C. de locat. n. 11. Bachov. 1. de pign. 11. dist. Neguf. p. 2. membr. 4. n. 54. & ibi alleg. Treutl. disput. de pignorib. thes. 4. Christin. vol. 3. decis. 110.*

9 Sed quid si studiosus (intellige, qui major sit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit, an & libri, quos illo intulit, legem taciti pignoris sequentur? Et Schneidewinus post Jasonem & Zasium in (*l. item Serviana. 7. Inst. de action. Bachov. lib. 1. de pign. c. 11.* negant sequi. idque duplici potissimum argumento. Primum petitum est à simili, quia inquiunt, quemadmodum instrumenta rustica in fundum illata à colono obligata non sunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur. *l. 7.*

l.8. C. quæ res pign. oblig. ita nec libri studiosorum in Museum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum sumptum est à natura hypothecæ generalis, qua non continentur ea, quæ verisimile non est quemquam specialiter obligaturum fuisse. *l.6. & 2. seqq. ff. de pign.* At generalis, inquiunt, hypothecæ naturam sequitur hypotheca illatorum; nec verisimile est studiosum libros suos specialiter obligaturum fuisse. Sed tamen praxis apud nos, & in omnibus fere Academiis est in contrarium. Nec obstant rationes allatæ. Non enim ideo instrumenta rustica in fundum illata à nexu taciti pignoris libera sunt, quia iis fundus colitur; sed quia nec in aliis à colono illatis inductisve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui satis cautum fructibus, qui in fundo nascuntur. Nec valet etiam ratio, quam afferunt ex *l.6. ff. de pign.* Nam studiosi supellex pene omnis est in libris posita, ut verisimile non sit studiosum tacite ex tacito supellectilis pignore voluisse excipere supellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ à studioso illata sunt, tacitum pignus esse. Sed nec procedit argumentum à pignore generali ad pignus illatorum & invectorum: siquidem inter invecta & illata supellex quoque contineri intelligitur. *l. in prædiu.7. §.1. ff. in quib. cauf. pign. tac.* contra quam in pignore generali. *d. l.6. ff. de pign. Per. in Cod. tit. in quib. cauf. pign. tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipsi paciscentes facto aliquo consensum declarant.

10 Hujus generis exemplum elegans est, si creditor debitori chirographum reddiderit: tacite enim pactus videtur, ne petat, & debitum remisisse. *l.2. §.1. ff. hoc tit. fac. l.3. §.1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum.59. ff. de legat.3.* Et consequenter etiam pignus, si quod intervenerit, hic remissum intelligi debet. *arg. l. in omnibus.43. ff. de solut. l.7. C. de remiss. pign.* sicut & cum expresse paciscor, ne debitum petam pignoris obligatio per exceptionem tollitur; quæ sententia est *l. si tibi.17. §.2. ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque sit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obstat *l. si chirograph.24. ff. de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, sed præsumptio solutionis: contra quam tamen probationes manifestæ audiuntur; sicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare se ob aliam causam chirographum reddidisse. Pignoris redditi non eadem ratio. *l.3. ff. hoc. tit.* quippe chirographo ipsa principalis obligatio continetur *l. servum filii.44. §. cum qui. s. ff. de legat.1. l. qui chirographum.59. ff. de legat. 3. l.1. C. de donat.* At obligatio pignoris à debito principali separata est, atque hujus quædam παρέργον seu accessio duntaxat; *nov. 4. l. in omnibus.43. de sol.* ut præsumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitasse simul de remittendo ipso debito.

11 Simili ratione conventio fidejussoris non continuo prodest reo. *l.23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejussori prosit. *l.21. eod. in fin. Cujac. ad d. l.2. eod.* Plane reddito pignore quin pignoris obligatio remissa intelligi debeat, nullus dubito. arg. *l.1. §.1. ff. de lib. leg.* Cæterum ita hic distin-

distinguendum arbitror: Si instrumentum, quo pignoris oblitio conscripta & constituta est, redditum sit, obligatio pignoris omnino remissa censeri debet, per *d. l. 7. C. de remiss. pign.* At si creditor ipsam rem pigneratam, quam possidebat, reddat debitori, hic refert, ultro & simpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum usum. Priore casu videtur eo animo reddidisse, ut vinculum pignoris remitteret; nam vox reddendi significationem retro dandi habet, ut eo loco res sit, quo prius fuit. *l. verbum. 94. ff. de verb. sign.* atque in dubio censetur ultro & simpliciter reddidisse, *fac. l. cum de causa. 9. C. de remiss. pign.* Posteriore casu, ubi constat creditorem debitori petenti reddidisse rem pigneratam in aliquem usum, non intelligitur pignoris vinculum dissolutum esse: siquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum. *l. cum & sortis. 35. §. 1. ff. de pign. act. l. qui pignoris. 36. ff. de acq. poss. Bus. ad. l. 2. ff. hoc tit. Bachov. ad hunc tit. in secunda divis. pact.* Illa igitur ratio, quæ vulgo affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus usus est: pignore autem reddito non item, quoniam eo debitor uti potest, etsi momentum aliquod habet, non est tamen adæquata.

13 Quid si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus? Puto soli ei, cui redditum est, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum est, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egisset, tamen alteri paciscendo exceptionem quærere non potuit, *l. si tibi. 17. §. 4. ff. hoc tit. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obl.* utique si nihil paciscentis intersit alterius quoque obligationem dissolvi. *l. & heredi. §. ult. l. fidejussoris. 23. eod.* nec excipimus duos debendi reos, nisi & socii sint. Bartolus eo amplius existimat ei, cui instrumentum redditum est, etiam donatam intelligi actionem adversum alterum, eumque procuratorem constitutum in rem suam. Atenim cum donatio non facile præsumatur, nisi cum alia quacunque conjectura deficiamur, aut alias actus inutilis foret (quod in proposita specie non accidit;) non immerito, hæc sententia aliis displicuit. Æquius enim & benignius est hoc factum sic interpretari, ut is, cui obligatio reddita est, censeatur pro sua quidem parte liberatus, pro parte vero altera exigendi tantum nominis gratia procurator à creditore constitutus. *Duarenus & Bus. add. l. 2. ff. hoc tit. Menoch. lib. 3. præsumpt. 143. Antonius Faber Cod. forens. definit. 6. Abbas Panormitan. in cap. Ecclesia. ut lit. pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæstione recurrendum esse ad conjecturas pro varietate circumstantiarum. Est enim hæc quæstio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Jurisconsultum, qui nihil certi hic definire potest, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoscit, & circumstantias in singulis causis examinat. Quid enim dicemus, si creditor sit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta necessitudine conjunctus? Aut contra, quid si debitor forte miles sit, aut mulier, aut minor 25 annis? Bachovius *2. divis. pact. n. 6.* etiam hoc ipsum absurdum esse contendit, quod dicimus in casu proposito mandatam videri adversus tertium nominis

exactio-

exactionem: sed non esse absurdum argumento est, quod traditio instrumenti sicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatarum actionum. *l.1. C. de donat. l. Mævio. 49. ff. de leg. 1. Quid si ejusdem debiti plura sint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione censebitur obligatio remissa. Ajunt *Bart. Bald. Castr. Ias. in d. l.2. hoc tit. Menoch. d. præs.* 140.

14 Moventur hac ratione, quia unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum: per *l.24. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur. arg. *d. l.2. §.1. hoc tit. l.52. de leg. 3. l.1. de don.* Atque hanc sententiam Bachovius *d.2. divi. pact. n.7.* ex professo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque fere affert. Primum petitum est ex *l. veteribus. 32. hoc tit.* ubi Papinianus ait, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, unde infert creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, cum contra eum sit præsumptio juris. Secundum argumentum est, quia humanior est sententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis est definitio *d. l.2. §.1. eod.* Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi in dubio intelligi potest, quam debiti remissio. Quintum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censetur.

15 Cæterum hanc sententiam improbant *Duar. Fort. Garz. Paul. Bus. in d. l.2. §. 1.* excepto si id actum fuisse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint, aut legatæ debitori. Et sane rationes à Bartolo & aliis adductæ tales sunt, ut pro creditore retorqueri possint in debitorem, nec minus creditori quam debitori faveant. Nam ut alii pro debitore sic ratiocinantur; Unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum, verum est igitur redditum esse: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri potest; Unum instrumentum est, atqui hoc à creditore retentum; igitur non est redditum. Sed nec illud simpliciter verum est, quod ajunt unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hic esse aut plura instrumenta dici possunt. Quod si contraria sententia admittatur, magna occasio præbitur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: quippe in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum à debitore retineatur, ut si quando, ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse à creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Censent igitur Duar. Garz. & Busius, unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse probetur. Quod si id doceri non possit, potius actori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum à se redditum non esse animo remittendæ obligationis: quibus & nos subscribimus: facitque huc bonus textus in *l. ult. de his quæ in test. del.*

16 Superest, ut respondeamus argumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in

l. veteribus.39. hoc tit. de interpretatione pacti obscuri aut ambigui traditum est, non esse temere trahendum ad ea pacta, quæ tacite ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur etiam eo casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vel frivola causa excludere debet donationis præsumptionem, cum nemo facile præsumatur suum jactare aut effundere velle. *l. cum de indebito. pr. de probat. & ibi DD. Jas. in l.3. hoc tit. Cyn. Bald. & DD. in l.3.* C. *de non num. pec.* Idemque ad secundum argumentum responsum esto; nempe non usque eo liberationi indulgendum, præsertim ubi constat de præcedente obligatione, ut quis sine causa suum perdere voluisse præsumi debeat: donare enim, perdere est, *d. l. cum de indebito.25. de probat. l.7. pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d. l.2.* §.1. restringendam esse ad eam speciem, ubi una duntaxat cautio exposita, & eadem reddita est. Ad quartum respondeo, cum creditor unum duntaxat è duobus ejusdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis esse possit, qui potius præsumendus sit, nimirum ideo id factum esse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæso si animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitiose velle machinari adversus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo casu, cum quis unum è duobus chirographis reddit simpliciter, nec id se donare profitetur. Legare, est donare. *l. 26. de legat. 2. §. 1. Inst. eod.* Nec dubium est, quin quemadmodum donatis, sic etiam legatis tabulis, nomen ipsum seu debitum donatum legatumque intelligatur.

CAP. XIII.

De pactis in rem & in personam, deque eorum vi ac potestate.

1 *Quid sit pactum in rem, quid in personam.*
2 *Pacta in rem quibus prosint.*
3 *Species l.17. §.4. hoc tit.*
4 *Pacta in personam, non egrediuntur personam ejus, cui facta sunt.*
5 *Iure novissimo pactum rei, quantumvis personale, etiam fidejussori prodesse.*
6 *Unde æstimandum, utrum pactum in rem sit, an in personam.*

PRæterea pactorum alia in rem sunt, alia in personam *l.7. §. pactorum 8. hoc tit.* quæ divisio ab effectu sumpta est. Sunt, qui ratione materiæ sic distingui pacta existimant; sed errore perspicuo labuntur: si quidem personæ non possunt esse objectum pactionis.

1 Pacta in rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam. In personam, quoties ne à persona petam, puta à L. Titio. *d. l.7. §. pactorum.* Mos loquendi veterum juris auctorum est, ut quod generaliter & sine personæ designatione fit, id in rem fieri ab ipsis dicatur. Sic actiones exceptionesque in rem scriptas, interdicta in rem concepta, nuncrationem

nem operis novi in rem fieri legimus *l. metum. 9. §. ult. quod met. cauf. l. 2. §. 2. l. 4. §. pen. de dol. mal. exc. l. 1. §. pen. de interdict. l. opersi. 12. de op. nov. nunt.* Cum igitur quis generaliter paciscitur, ne petat, nec personam nominat, à qua petiturus non sit, in rem pactum dicitur conceptum esse. In personam vero, cum exprimitur certa persona. Nec inutilis est hujus distinctionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta sunt, ea omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, paciscentis interest. *l. & heredi. §. ult. hoc. tit.* Itaque pactum reale debitoris proficit & fidejussori, quoties debitoris pecuniariter interest, ut fidejussori quoque prosit; scilicet quando fidejussor ejus nomine, quod pro reo solverit, mandati aut negotiorum gestorum actionem cum eo habet. Quibus autem casibus fidejussori adversus debitorem regressus non datur, veluti si donandi animo fidejusserit, aut pro invito & vetante, pactum rei fidejussori non prodest. *d. l. & heredi. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. l. si pro te. 56. mandat.* nempe quia rei nihil hic interest à fidejussore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejussoris generale prodest reo principali, aut confidejussori, qui socius non est; scilicet quia nihil fidejussoris principaliter interest, à quoquam eorum non peti, cum nullam adversus eum nomine ejus, quod solverint, actionem habeant *l. fidejussoris. 23. hoc tit. l. 36. de fidejuss.* Prosunt porro pacta in rem & heredibus nostris, *l. tale pactum. 40. eod. l. si pactum. 9. de probat.* atque ut prosint, etiam nostra semper interesse intelligitur, crediturque unusquisque eo esse animo, ut non minus heredibus suis, quam sibi prospectum velit. *d. l. 9. de probat.*

3 Non obstat *lex. 17. §. 4. hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti personalis, si quis paciscatur, ne à se, neve à Titio petatur, & ratio Jurisconsulti eo tantum pertinet, ut significet ei, qui non ut heres adjectus est, etiamsi postea heres extiterit, tale pactum non prodesse, nec ex postfacto confirmari, quod ab initio in persona adjecti non constitit.

4 Pacta autem in personam concepta ejus, cui facta sunt; personam non egrediuntur. *l. idem in duobus. 25. §. 1. eod.* qua de causa nec heredibus prosunt. *d. l. 25. §. 1. d. l. 17. §. 3. & 4. eod.* nec fidejussori. *l. nisi hoc. 22. eod.* quanquam vix est, ut hoc procedat jure novissimo. Jure veteri creditor electionem habebat à reo vel à fidejussore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire. *l. 5. l. si alienam. 19. C. de fidejuss.* neque hoc jus conveniendi fidejussorem omisso reo, pacto personali sibi adimebat.

5 At jure novo fieri non potest, quin pactum rei, licet personale, fidejussori quoque prosit. Nam cum hoc jure *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente. C. de fidejuss.* reum principalem prius conveniri atque excuti necesse sit, quam ad fidejussores veniatur, nec ante cum his efficaciter agi queat, quam si suum creditor à debitore consequi non possit: hoc beneficium ordinis & excussionis fidejussori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non potest. Itaque nunc etiam pacto personali cum debitore facto juvabitur fidejussor, nisi ipse beneficio suo ultro renunciaverit, quod facere potest. *l. pen. C. de pact. Cujac. in d. l. & heredi. 21. hoc tit. Borchols. de pact. c. 2. in tertia divis. n. 4. diss. Iul. Pac.*

6 Utrum

6 Utrum autem pactum in rem sit, an in personam, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium æstimandum est: adeoque in dubio, quantumvis persona adjecta sit, in rem tamen esse præsumitur: quia plerumque persona pacto inseri solet, non ut pactum personale fiat, sed duntaxat ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. *l.7.§. pactorum.8. hoc tit.*

Cap. XIV.

Qui cum quibus pacisci possunt.

1 *Furiosi nullum omnino negotium gerere possunt.*
2 *Ratum habetur, quod gestum ante furorem aut in furoris intermissione.*
3 *Mente captorum & ebriorum eadem, quæ furiosorum ratio.*
4 *Prodigi & furiosi dissimilitudo.*
5 *Quibus in rebus dispar conditio prodigi & minoris 25. annis.*
6 *Ipsone jure prodigo bonis interdicatur, an decreto magistratus.*
7 *Quid per verba ipso jure, in l.1. de cur. fur. significet Iurisconsultus.*
8 *In his, quæ animo & affectu geruntur, infans vix distat à furioso.*
9 *Comparatio infantis & infantiæ proximi.*
10 *Comparatio infantiæ proximi & proximi pubertati.*
11 *Pupillum pubertati proximum ex conventione sua naturaliter obligari, etiamsi locupletior factus non sit.*
12 *Quo sensu nostri dicant, pupillum sine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.*
13 *Puberes minores 25. annis, curatorem habentes, sine consensu ejus, jure civili non obligantur.*
14 *Confutatio sententiæ contrariæ.*
15 *Exponitur l. obligari. 43. de obl. & act.*
16 *Consideratio auctoris circa l. puberes.101. de verb. oblig.*

Pacisci possunt omnes, qui consentire & jure gentium se obligare possunt. Igitur & mutus. *l.4.§.1. hoc tit.* & surdus. *l.48. deo.* & A. & deportatus. *l.sunt quidam.17.§.1. de pœn.l.15. de interdict.& releg.* & filiusfa. ut sibi præjudicet. *l.& heredi.21.§.3.& 4. l.in persona.30.hoc tit.* & servus ex persona sua, ut naturaliter obligetur & obliget. *l.13. de oblig. & act.* Removentur autem hinc furiosi, mente capti, ebrii, infantes.

1 Furiosum nullum negotium gerere aut contrahere posse natura manifestum est. *l.1.§ furiosus.12. de obl. & act. l. si à reo.70.§.4. de fidejuss. l.5. de reg. jur.* quia expers est voluntatis & mentis. *l. furios.40. eod. tit. l.3. C.de contr.empt.* est enim furor mentis ad omnia cæcitas. *Cic.3.Tuscul.* unde furiosus per omnia & in omnibus absentis, quiescentis, dormientis & ignorantis loco habetur. *l.2. §. pen. de jur. codicill. l. ubi non vere.124.§.1. de reg. jur. l.1.§.3. de acq. poss. l.4. de divort. & repud.* quæ res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium recte gerat, *d. l.5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curator dici possit, quod agitur aut geritur, probare.

2 Enim vero si furiosus dilucida habeat intervalla, quod gessit in intermissione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimitur. *§.1. Inst. quib. non est permiss. fac. test. l.9. C. qui test. fac. & ibi DD.*

3 Quod de furioso, μαινομένῳ, dicitur, id etiam pertinet ad mente captum, ἄνοιαν seu dementem, qui furore non corripitur, sed in quiete est: quoniam

quoniam non alia ratione in furioso obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit. §. *furiosus*. 8. *Inst. de inut. stipul.* Sed neque ebrius i.qui vino gravis & ob id lu... est impos, hac in causa à furioso separandus. Nihil enim aliud est ebrietas, quam voluntaria insania: nec minor est furore, sed brevior. Senec. *epist*. 83. Platoni. 1. *de leg.* non solum senex-bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque proceres nostri furioso comparare solent; quasi non magis illius, quam hujus ulla voluntas sit. *d. l. furiosi*. 40. *de reg. jur. l.* 1. *de cur. furios.* Verum hæc similitudo claudicat, & locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis suis vult deminuere, alienare &c. quibus casibus furioso assimilatur, quia in his exitum furiosi facit. *l. his qui*. 12. *in fin. de tut. dat. ab his.*

4 In acquirendo autem dissimilitudo est: quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, aut ipse obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet. *l.* 1. §. *furiosus*. 12. *de obl. & act. l.* 5. *de reg. jur.* At prodigus paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirere potest; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furiosus. *l.* 6. *de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de se obligando, aliove modo conditionem suam deteriorem faciendo agitur; sed de acquirendo, de sibi paciscendo aut stipulando, aliave ratione conditionem suam meliorem faciendo, *l.* 3. *de nov.* hic prodigus non cum furioso, sed cum pupillo pubertati proximo comparandus est. *l. certi condictio.* §. 7. *de reb. cred.* aut cum pubere minore 25. annis curatorem habente. *l.* 3. *de in int. rest. min.* quos constat etiam inconsultis tutoribus aut curatoribus alios sibi obligare posse, & conditionem suam quoquo modo facere meliorem. *pr. Inst. de auct. tut. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum consensu curatoris omnia gerere potest. *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus*. 9. *Inst. de auct. tut.* Ita & prodigus accedente curatoris consensu. *arg. d. l. certi condictio.* 9. §. *sed & si*. 7. *de reb. cred. d. l.* 3. *C. de in int. rest. min. l.* 5. §. 1. *de acq. her.* ubi scriptum est, eum, cui bonis interdicitur, hereditatem sibi delatam adire posse; nempe cum consensu curatoris, ut recte *Gloss. & DD.* in hoc enim distat à furioso, quod solum significare voluit Jurisconsultus.

5 Plane in eo quoque à pubere minore 25. annis distat prodigus, quod pubes & testamentum facere potest, & ad testamentum testis adhiberi. *l.* 5. *qui test. fac.* §. 1. *Inst. de test. ord.* quorum neutrum concessum prodigo. *l. si cui lege*. 18. *d. t.* §. *testes*. 6. *Inst. eod.* §. 2. *Inst. quib. non est perm. fac. testam.* Quæri vulgo solet, prodigusne intelligendus sit, qui facto talis est, qualem describit Ulpianus *l.* 1. *de cur. furios.* an vero decretum magistratus expectandum. Hoc est, an ipso jure & lege 12 tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum est eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l.* 1. describitur, re vera quidem & ethice prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent à sententia & cognitione judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quod

retum

rerum administrationem attinet neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit, cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *lib.* 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio uve interdictio non juris, sed jurisdictionis est, hoc est, nemini speciatim bonorum administratione lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui publice bonis interdictum est, jubet esse in curatione agnatorum. Ulpian. *tit.* 12. §. 5. *fac.* §. 2. *Inst. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *de curat. fur.* qui tamen & lege bonis interdici. *l. is cui.* 18. *qui test. fac. poss. l.* 5. §. 1. *de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & a lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Hotatius 2. *serm.* 3.

Interdicto huic omne adimat jus
Prator, & ad sanos redeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, & vera sit mentis ac voluntatis privatio, ut furioso à magistratu bonis interdicatur; non requiritur. At vero an quis prodigus censeri debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7 Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus & cum frugalitate in gratiam reversus desinit ipso jure esse in curatione *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus. Nimirum textus juris ita sunt explicandi, ut ne certæ rationi, aut principiis aliarum disciplinatum repugnent. Qui fieri possit, ut citra magistratus cognitionem & auctoritatem, is cui publice bonis interdictum est curatore dato, se liberet à curatione, & curator ipsi datus curam & administrationem rerum deponat? aut quis secure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipsi prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut statuant & judicent, an morum redierit sanitas. Itaque dicam per verba *ipso jure* in *d. l.* 1. non excludi sententiam declaratoriam; sed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25 annis, quæ certo & statuto tempore, anno sc. vigesimoquinto, finitur, secus atque illa prodigi, quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magistratui competere debet. *Gall.* 2. *obs.* 51. *Ant. Fab. Cod. suo forens. tit. de cur. fur. defin.* 7. *Tulden. Cod. eod. n.* 5. *Christin. vol.* 1. *decis.* 163. & *decis.* 182. *n.* 21. Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria, ejusque publicatio, teste *Grot.* 1. *manuduct.* 11. *add. Iod. Damhoud. c.* 8. *de tut. & cur. mun. n.* 26.

8 Infans quoque seu septennio minor. *l.* 1. §. 2. *de adm. tut. l.* 14. *de sponsal. l.* 18. *C. de jur. delib.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate

tate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. *§. pupillus.9. Inst. de inut. stip.* Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis est, quam juris, suppleatur auctoritate. *l.1. §.3. l.32. §. ult. de acq. poss. l.3. C. eod.*

9 De proximo infantiæ quoque dicitur, nullum eum habere intellectum. *d. §. pupillus.* nihil scire aut discernere. *l.9. de acq. her.* non intelligere quod agitur *l.1. §. huic proximus.13. de obl. & act. l.6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere. *l.5. de reg. jur.* Cæterum cum in *d. §. pupillus.* aliisque omnibus istis locis proditum sit, eum qui infantiæ proximus est, & stipulari & promittere: & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam eum, qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda erit; quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum; ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine tutoris auctoritate incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti in *l. in sponsalibus.14. de sponsal. l.1. §.3. de acq. poss.* Igitur infantiæ proximi idem juris habent, quod proximi pubertati nimirum ut paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi prodesse & obligationem acquirere possint, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere.

10 Cæterum cum hoc illis benigniter præstitum dicatur. *l.1. §. huic proximus.13. de obl. & act. l.9. de acq. her. l.6. rem pub. salv.* sciendum est in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, seu adhuc consistat intra annum decimum & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est proximus pubertati. *l. pupillum.111. de reg. jur. l.5. §. pen. ad leg. Aquil. l.3. §.1. de sepulc. viol. l. impuberem.23. de furt. l. heredibus.13. §.1. de dol.* Et cum infantiæ proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex conventione sua vel contractu sine tutoris auctoritate inito obligetur naturaliter. Videamus autem, quid de hac quæstione statuendum sit.

11. Et posito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere potest, quod agitur, naturaque velle & consentire, consequens est omnino, ut etiam ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ea ætate sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse satis ostendunt textus in *l. 13. §.1. de dolo. l. pupillum.111. de reg. jur. l.1. §.3. de acq. poss. §. pupillus.9. inst. de inut. stip.* in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur á proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Quod vero de impuberibus omni-

bus pronuntiatur, nullum esse eorum animi judicium. §. 1. *Inst. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte dicitur etiam de pubertati proximis; sed in re, de qua illic agitur, scilicet de dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper pubertati proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem, naturaliter obligari. *l. cum illud.* 25. §. 1. *quand. dies leg. l. si pupillus.* 21. *ad leg. Falc. l. Stichum.* 95. §. 2. *de solut. l. in numerationibus.* 44. *eod. l. si ejus.* 64. *ad sen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur. *l. si pupillus.* 127. *de verb. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in se suscipiente citra tutoris auctoritatem novetur. *l. 1. in fin. de novat.* Unde etiam corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex conventione obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex sola promissione sua aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Hoc quidem interest, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium solutum condicere potuit. *l. naturaliter.* 13. §. 1. *& l. seq. de condict. ind.* Puto etiam hoc casu compensationem pati debuisse. At divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus est. *l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque esse cœpit hæc pupilli obligatio. Quando autem locupletior factus non est, tunc & solutum repeti potest, & compensationi locus non est. *d. l. 13. §. 1. l. quod pupillus. 41. de cond. ind.* non quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum, ne obligatio noceat.

12 Plane quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventione oritur, effectus præcipuus consistit in jure compensandi & soluti retinendi. *l. 6. de compens. l. 10. de obl. & act.* obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, nisi quatenus locupletior factus est, inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando Jurisconsulti loquantur, quasi ne natura quidem isto modo obligaretur. *d. l. 41. de cond. ind. l. pupillus. 59. de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit; non autem considerata conditione obligationis, tanquam nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve nocere aut prodesse posset. Multo magis ex conventione & promissione sua jure naturæ obligantur puberes minores 25 annis: quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læsis necessaria sit in integrum restitutio. *l. 3. C. de in int. rest. min.*

13 Quod si curatorem habeant, consensum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur. *d. l. 3.* ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure censentur cum iis, quibus bonis interdictum est, quos constat jure civili sine curatorum consensu non obligari. *l. 6. de verb. obl.*

14 Ac proinde admittenda non est sententia Cujacii ad *l. puberes. 101. de verb.*

verb. obl. Vult. disc.16. Fachin.3. contr.9. Bronch.1. ass.33. distinguentium inter alienationem & obligationem, quasi alienare quidem res suas minor sine curatore non possit, obligare autem se possit ad alienandum. Hæc enim distinctio & verbis *d.l.3. C. de in int. rest. min.* manifeste refellitur, & ratio, qua Imperatores utuntur, perspicue probat, quod de una specie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus causa res traditur. *l. traditionibus 20. C. de pact. §.3. Inst. de empt. & vend.* quanquam & si de sola alienatione loquerentur, tamen id quod de ea diceretur, etiam ad contractus & obligationem minoris referendum esset, ut mox demonstrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non esse servandum, quia minor curatorem habens similis sit ei, cui bonis interdictum est. Quod si hanc ob causam minor sine curatore alienare non potest, quia eodem jure, quo prodigus censetur: ob eandem causam nec sine curatore poterit obligari. *l.6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipso quod minoribus denegatur rerum suarum administratio *l.1. in fin. de minor.* non minus jus sese obligandi sine curatore, quam res suas alienandi ademptum intelligi oportet. Hæc enim duo se mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet personam suam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet. & contra. Item cui alienandi jus non est, ei nec obligandi. & contra. argumento est ipsa obligationis definitio. *pr. Inst. de oblig. l. 3. de obl. & act.* Nam si obligationis civilis hæc vis est, ut actionem producat, & necessitate solvendi debitorem abstringat, utique cum eo, qui ita obligatus est, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille consequenter recte quoque eam præstabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi possit. Itaque male nonnulli sic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum administratio commissa est, non personæ. *l. sciendum. 20. de rit. nupt.* proinde de persona sua promittere pubes potest sine curatore suo. Imo contra sic colligi debuit; curatori negotiorum impuberis administratio commissa est, ergo & rerum contrahendarum & obligationis puberis: nam in re contrahenda negotium geritur. *l.7. pr. §.1. &c. de minorib.* Neque obligationis summus finis hic est, ut personam nobis obligatam habeamus; sed ut id, quod in obligationem deductum est, consequamur. *l.3. de obl & act. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Denique vel ex eo ipso, quod in *d. l. sciendum. de rit. nupt.* Jurisconsultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non fit ex administratione negotiorum, in qua officium curatoris consistit, satis intelligimus nuptiarum hoc esse proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus extra personam positis, de dando aliquo aut præstando, sed de mera & sola conjunctione personarum. Cæterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem personarum non pertinet, sed ad dandum vel faciendum, id est, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum est, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum intersit. Quid tum

postea ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων; teste Modestino in *l. εἰδέναι χρή. 13. pr. de excus.* id est, *valde pauca sunt ea, in quibus distant curatores à tutoribus.* & alias nullum esset discrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. rest. min.*

15 Confirmat, non evertit hanc sententiam locus Pauli in *l. obligari. 43. de obl. & act.* ubi sic scribit, *Obligari potest paterfam. suæ potestatis pubes.* His enim verbis, *suæ potestatis pubes*, significatur is pubes, qui nec in curatione sit, removenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum est: alioqui superfluo verba illa adjicerentur, cum nullus sit paterfamilias, qui non sit suæ potestatis suive juris, si verba ista accipiantur in sensu vulgari, ut in *tit. Inst. & D. de his qui sui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patres famil. puberes sui juris. *sui juris*, id est, suæ curæ, qui nec sunt in potestate administratoria curatoris: quomodo & Cujacius ipse hoc explicat 21. *obs. 25.*

16 At mihi plane persuadeo, neque Cujacium, neque quenquam alium ab hac sententia, cæteris fere interpretibus probata, recessurum fuisse, nisi eos movisset responsum Modestini in *l. puberes. 101. de verb. obl.* Verba Modestini sunt: *Puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt.* Si ex hoc uno decidenda esset ꝑ protinus subscriberem sententiæ Cujacii: sed quoniam ex professo in contrariam sententiam scripta est *d. l. 3. C. de in int. rest. min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos supra adductos) danda potius opera, ut verbis *d. l. 101.* ea aptetur interpretatio, qua fiat, ut ne illa *d. l. 2.* repugnet. Et dictio quidem illa relativa & reciproca *suis* non patitur, ut verba Modestini sic interpretemur, *puberes qui sunt sine curatoribus* &c. nec argumentum aut titulus ut ea restringamus ad nuptias aut sponsalia. At hæc interpretatio colorem habet, *Puberes sine curatoribus suis* &c. id est, absentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; puberes alibi versantes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt; non utique sine illorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse & statim auctor fieri debeat. *l. 9. §. pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea interveniens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat. Nec video quid speciosius afferri possit ad evitandam legum pugnam, nisi putamus Modestinum ita scripsisse: Ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουρατόρων, &c. id est, *puberes sine curatoribus constituti.* ut Impp. in *d. l. 3.* quod male conversum sit. Sane pleraque Modestini de tutoribus & curatoribus Græco sermone scripta esse constat ex *tit. de confir. tut. Qui pet. tut. De tut. dat. De excus. tut.* Consuli interim poterunt *DD. in d. l. 3. & d. l. 101. Robert. 1. animad. 12. Cædd. tract. de contr. & comm. stip. c. 7. Lycl. am. 7. membr. 15. Tim. Fab. anniversf. disp. 9.* Porro pacisci cum omnibus possumus, quibuscum juris gentium communio est. Ergo & cum servis, cum deportatis, aliisque peregrinis, cum hæreticis, cum hostibus, quibus omnino fides data jure gentium servanda est. *l. nam & Servius. 21. de neg. gest. l. bona fides. 31. depos.* de quo luculentius *sup. c. 2. & 3.*

CAP.

Cap. XV.

An quis pactione sua alteri nocere, aut prodesse queat.

1 *Quibus casibus pactum reale servi aut filiifa. domino aut patri noceat.*
2 *Quando pactum personale filii, ne ipse petat, utile.*
3 *Quibus casibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.*
4 *Quando tutoris, curatoris &c. pupillo, minori &c. noceat.*
5 *Cur pactio emptoris hereditatis & debitoris hereditari noceat venditori hereditatis.*
6 *Pactum servi & filii ne à domino aut patre petatur, prodest domino & patri.*
7 *Quid juris, si filiusfa. aut servus pacti, ne a se peteretur.*
8 *Quid si pater pactus, ne à filio petatur.*
9 *Pactum procuratoris negotiorum domino prodest ad exceptionem doli.*
10 *Ejus, qui plane extraneus est, pactum nobis non prodesse.*
11 *Contemplatio auctoris circa. l. 3. C. de don. quæ sub mod.*
12 *Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis testamentaria & conventionalis.*
13 *Moribus nostris etiam extranei pactum nobis prodesse.*

Nemo pactione sua alteri nocere potest, ne ea quidem, cujus est in potestate, *l. si tibi.17. §.pen. l. si unus.27. §.4. vers. ante omnia. l. contra juris.28. §.2. l. ult. hoc tit.*

1 Cæterum pactum à servo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet si de re peculiari, cujus liberam habent administrationem, non donationis causa, sed transactionis, aliave simili, quæ non excedit fines administrationis, factum sit. *d. l. contra juris. §.2. hoc tit.* Quinetiam pactum de re dominica aliquando utile est, veluti si servus dominicam pecuniam credens pactum sit, ne ea ante certum tempus petatur. *l. sin autem.29. eod.* Quod si servus aut filius pacti sint, ne ipsi peterent, inutile est pactum. *d. l. contra juris. §.2. eod.* Nam cum neque servus, neque filiusfam. regulariter petere seu agere possit. *l. filiusfam.9. de ob. & act. l.6. C. de judic.* pacta de non petendo frustra in eorum personam concipiuntur.

2 Quibusdam tamen casibus in persona filiifam. id aliter se habet; veluti si paciscatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure singulari filiofam. competunt *d. l. filiusfam. de obl. & act.* quod & Cajus significat in *l. in persona.30. hoc. tit.* Item cum pactum à filiofam. confertur in id tempus, quo sui juris effectus agere poterit. *l. & hered.21. §.2. eod.*

3 Sed nec pactum à procuratore factum, ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in casibus. quorum primus est, si dominus procuratori suo mandavit, ut pascisceretur: alter, si sit procurator omnium rerum, totorum seu universorum bonorum. *l. nam & nocere.12. eod.* quibus verbis veteres compendio sermonis significant eum cui plena liberaque rerum administratio concessa est. *l. procurator tui.58. l. procurator totorum.63. de procur. l. jusjurandum.17. §. ult. de jurejur. V aud.1. qu. ıſt 47. Duar. ad l.1. §. per procuratorem.20. de acq. poss.* Atque hujus procuratoris tam ampla potestas est, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque, omnia facere possit, quæcunque ad administrationem magis, quam ad profusionem

nem dissipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis causa pacisci non potest, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentusque paterfamilias distrahere non solet. *d. l. contra jurm.*28. §.2. *hoc tit. d. l.*63. *de procur. l. si consensit.* §.1. *quib. mod. pign. solv.* Tertius casus est, cum quis procurator in rem suam constituitur, id est, cum ei actio ceditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur. *l. sed si.*13. §.1. *hoc tit.*

4 Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis causa factum pupillo aut adulto nocet. *l. pactum.*22. *C. eod.* nocet autem si factum sit de re dubia transactionis causa. *l. interdum.*56. §. *pen. de furt.* per *l. tutor.* 35. *pr. de jurejur.* Curator quoque sive administrator reipub. aut civitatis paciscendo non magis reipub. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere potest. *l. Imperatores.*37. *hoc tit. l. præses.*12. *C. de transact.* eademque causa est ejus, qui societatis vel universitatis magister dicitur. *l. item magistri.*14. *hoc tit. l. actor.*9. *rat. rem hab.* atque ita accipiendum quod Ulpianus *d. l.*14. ait, magistri pactum & prodesse & obesse.

5 Pactio facta inter emptorem hereditatis & debitorem hereditarium nocet venditori *l. si cum.*16. *hoc tit.* nec mirum, cum totum commodum ad emptorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex constitutione Divi Pii. *d. l.*16. Facilius admittendum fuit, ut quis pactione sua alteri possit prodesse: quod & ipsum tamen regulariter receptum non est. *l. si tibi.*17. §.4. *l. si cum.*36. *l. tale pactum.*40. §. *ult. hoc tit. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.*17. *de verb. oblig.* Pactum filii aut servi, ne à patre aut domino petatur, utile est, prodestque patri & domino. *d. l. si tibi. in fin. cum.*2. *ll. seqq. eod.* quoniam per eas personas, quæ in potestate nostra sunt, melior conditio nostra fieri potest, etsi deterior fieri non potest. *l. melior.*133. *de reg. jur. l.*3. *l. filius.*23. *C. hoc tit.* Idemque dicendum & de eo servo, in quo usumfructum habemus, aut qui nobis bona fide servit. *l. si debitor.*55. *eod.* Si filius fam. pactum fecerit, ne à se petatur, proderit ei. *l. acquirent.*19. §.1. *eod.* Nam ex omni causa filiusfam. conveniri potest, sicut paterfam. *l. filiusfam.*39. *de obl. & act.* ac tametsi pactum istud personale sit, nihilominus tamen & patri proderit, si nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit: morte enim filii extinguitur, quia personale est. Quod si servus, ne à se peteretur, pactus sit, nihil valebit pactum; quia ab eo peti non potest. *l. cum servo.*107. *de reg. jur.* At enim si in rem paciscatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in personam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc casu exceptio doli subsidiaria. *l. & heredi.*28. §.1. *hoc tit.*

8 Pactum à patre factum ne à filio petatur, filio non prodest, etiamsi postea heres filius extiterit. *l. si tibi.*17. §.4. *eod.* quod tamen cum Cujacio sic accipio, hactenus non prodesse, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda. *arg. d. l. & hur.* §.2. *hoc tit.* & ita quoque *Zas. in d. l. si tibi.* §. *cum possessor. n.*7. *& pac. in* §.4. *eod.* Sed si pater paciscatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum super ea obligatione paciscitur, ex qua non potest filius, nisi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda est: nam heredi consuli concessum est: & nibil prohibet uni ex heredibus providere; cæteris autem non consuli, auctore

Celso

Celso in *l. avun.* 33. *hoc. tit.* quod & Pomponius probat. *l.* 10. *de pact. dotal.* Huic tamen sententiæ obloqui videtur Julianus *l. eum qui.* 56. §. 1. *de verb. oblig.* ubi ait, si quis promiserit se & Titium heredem suum daturum, nihilominus cæteros quoque heredes teneri, quamvis convenisse videatur, ne à cæteris peteretur; Nolo hic examinare varias responsiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d. l.* 33. & *d. l.* 56. §. 1. sed quid mihi ad *d. l.* 56. §. 1. respondendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Julianum illic principaliter agere de constituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non potest; utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis. *l.* 2. *C. de her. act. l.* 6. *C. fam. erc.* Et quamvis, si verba stipulationis spectamus, in qua solius Titii mentio facta, possit videri tacite convenisse, ne ab aliis heredibus, sed à solo Titio peteretur; tamen taciti hujus, & tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod verisimile non est eam fuisse mentem stipulatoris decem sibi dari stipulantis, ut à solo Titio eam summam peteret, à cæteris nihil peteret, atque ita integra decem non posset consequi. Certum enim est, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuisse, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo. *l.* 14. *C. de rei vind. l. pen. C. de her. act.* Atque hinc est, quod Julianus ait, Titii personam supervacue comprehensam esse. Ex converso quoque qui stipulatur sibi & Titio heredi suo dari, omnibus heredibus suis obligationem acquirit propter eandem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio à defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujusque parte acquiritur. quod cum procul dubio cum effectu accipiendum sit, consequens omnino est, neminem partem suam petentem exceptione summoveri posse, contra quam existimat Accursius in *d. l.* 33. *h. t.* At vero apud Celsum *d. l.* 33. non agitur de uno ex heredibus obligando, neque de obligatione uni acquirenda; sed de uno per pactionem liberando, eique ita consulendo, ut huic soli exceptio prosit, cæteris non item. Hoc autem etsi tacita pactione non efficitur, expressa tamen effici potest. Tutoris quoque & curatoris pactum prodest pupillo, adulto, furioso & prodigo. *l. tutoris.* 15. *l. contra.* 28. §. 1. *eod. l. curatoris.* 22. *C. eod.* quia etsi personæ extraneæ sunt, tamen ob hoc ipsum rebus nostris administrandis sunt præpositi, ut faciant conditionem nostram meliorem. Sed & pactum procuratoris negotiorum domino prodest, quanquam non ad exceptionem pacti, sed ad exceptionem doli, quæ exceptionis pacti plerumque subsidium est. *l. rescriptum.* 10. §. *ult. eod.* Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis nascitur, quam ex dolo creditoris nostri; quem certum est dolo facere, si id petat, quod procuratori nostro, id est, pene alteri domino, & quidem nostro nomine remiserit. *l.* 1. §. 1. & 2. *de dol. mal. except.* Et generaliter quicunque stipulando nobis acquirere possunt, iidem & paciscendo possunt conditionem nostram facere meliorem. *l. per quos.* 59. *hoc tit.*

10 At si quis plane extraneus est, qui nec in potestate nostra sit, nec rebus nostris administrandis præsit, ejus pactum nobis non prodest, nec inde

inde aut actio aut exceptio acquiritur extraneo. *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl. l. 2. C. de inut. stipul. l. quo tutela. 73. §. ult. de reg. jur.* quanquam interdum in subsidium exceptio doli datur. *l. idem in duobus. 25. ult. & l. seq. hoc tit.* Illud singulare esse videtur in donatione, quod ex donatoris pacto acquiri potest actio tertio alicui extraneo contra donatarium. *per l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* cujus rei hanc esse rationem scribit *Covar. 1. var. resol. c. 14.* quod id speciale sit in donatore liberalitatem exercente in donatarium, ut possit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem. obiter inspici potest & *Ant. Fab. Cod. suo forens. add. tit. C. de donat. quæ sub mod. defin. 2.*

11 Tentari tamen potest, in *d. l. 3. C. eo. tit.* occurrere speciem fideicommissi in contractu constituti. Sane enim & in contractibus interdum fideicommissum constituitur. *l. Publia Mævia. 26. pr. depos. l. si pecunia. 77. de legat. 1.* Et sic possum in traditione rei meæ pacisci, ne res alienetur. *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. C. de reb. al. non al. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. 3. C. de cond. ob caus. dat.* cui non obstat *l. pen. hoc tit.* quippe quæ ad eum casum non pertinet, cum pactio intercessit in traditione rei meæ, sed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12 Atque hæc est prohibitio conventionalis, inter quam & prohibitionem testamentariam, ut id obiter addam, hoc interest, quod ex testamentaria prohibitione æque ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio in rem competit. *l. ult. ult. §. 3. C. comm. de legat.* At si contra conventionale fideicommissum alienatio facta sit, personalis duntaxat actio contra alienantem datur. *d. l. 3. de cond. ob caus. dat.* Quapropter quamvis in *d. l. ult. C. de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non modo quæ in testamento, sed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non oportet colligere eundem esse utriusque prohibitionis effectum, sed accomodanda est vis ac potestas prohibitionis ad eum modum, quem species singulæ illic positæ pro natura sua admittunt, quod & interpp. vulgo observat. *Bronc. cent. 1. assert. 36.*

13 Plane non obstat jus naturæ aut gentum, quominus alteri, etiam extraneo, cujus in potestate non sumus, recte paciscamur aut stipulemur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Imo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. *Grot. lib. 2. de jur. pac. & bell. c. 11. n. 18.* & ideo moribus hodiernis id passim obtinet: *Groenevv. de ll. abrog. ad §. alteri. Inst. de inut. stipul. & ibi allegati. Cyprian. cens. Belg. ad. §. 4. Inst. de inut. stip.*

CAP. XVI.

Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut fidejussoris debitori prosit. & de pacto unius è duobus reis.

1 *An utilitas exceptionis fidejussori quæsita ex pactione rei, contraria rei pactione ei auferri queat.*

2 *Pactum fidejussoris nec reo nec confidejussori prodest.*

3 *Jurisjurandi alia ratio. & quare.*

4 *Quid*

PActum debitoris in rem conceptum fidejussori quoque prodesse constat, non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l. & heredi. 21. §. ult. hoc tit.* ut jam intelleximus. Personale autem pactum debitoris diximus fidejussori non prodesse (utique jure veteri) *l. nisi hoc. 22. eod.* Atqui, inquis. etiam hic interest rei, ne a fidejussore petatur. Sed id in proposito considerari non debet; quippe ubi reus expresse pactum ad suam personam restrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuisset, non poterit objici exceptio a fidejussore, aut si objiciatur, replicatione elidetur. Quid si simpliciter sine particula taxativa pactus sit debitor ne à se petatur? Puto hoc pactum etiam fidejussori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniarie interest, ne ab aliis petatur. *arg. l. si tibi. 17. §. propen. hoc tit.* Procedit igitur *d. l. nisi hoc. 22.* in pacto, ut loquitur Bartolus, personalissimo, quando pacto est inserta dictio taxativa; veluti si convenit, ut à reo duntaxat non petatur. Potest autem & sine persona sua reus pacisci, ne à fidejussore petatur, ut pactum sit efficax. *l si unus. 27. §. 1. eod.*

1 Quæstionis est, an utilitas exceptionis semel fidejussori quæsitæ ex pactione debitoris ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus respondit, non posse. *l. ult. hoc tit.* cui obstare videtur *l. si unus. 27. §. 2. vers. eadem ratione. eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem ratione fidejussoribus non prodesse, qua prius non prodest debitori, qui postea pactus est, ut petere liceret. Sed non sunt hæc contraria. Nam hoc tantum significat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum posteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipso jure, sed ope replicationis, ita & pactum factum debitori vel fidejussori pacto contrario ipsius fidejussoris per replicationem elidi, ut noceat fidejussori. Longe autem diversum est, quod Anthianus definit, exceptionem fidejussori vel sua vel debitoris pactione semel quæsitam, ipsi invito extorqueri non posse. *Pac. 1. cent. 98.*

2 Ex converso pactum fidejussoris reo non prodest, quoniam ut prosit reo, nihil interest fidejussoris: quippe in quam reus, si solverit, nullam actionem habiturus sit: ac proinde etsi fidejussor simpliciter pactus sit, ne pecunia petatur, nihilomagis id proderit reo. *l. fidejussoris. 23. hoc tit.* eademque ratione nec confidejussori hujusmodi pacta proderunt. *d. l. 23.*

3. Jurisjurandi alia ratio est: id enim solutionis loco cedet. *l. jusjurandii, 27. & l. seq. §. 1. de jurejur.* dummodo de ipso contractu & de re juratum sit: quoniam tunc perinde habetur, quasi nihil debeatur. *l. in duobus 28. §. 1. d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, sed ut defendatur exceptione.

4 Cæterum si expresse convenit, ne à reo quoque petatur, placet tale fidejussoris pactum etiam reo proficere. *l. idem in duobus.25. §. ult. & l. seq. hoc tit.* quo tamen casu debitori non exceptio pacti, sed doli exceptio datur. *d. l.25. §. ult.* nimirum ex æquo & bono? est enim exceptio doli subsidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut supra quoque monuimus. *l. rescriptum. 10. §.2. eod.* Placet autem hoc casu etiam reo exceptionem dari propter συμπλοκὴν, seu connexum obligationum, quia reus & fidejussor unum & idem debent. Idem est & in confidejussoribus. Excipitur & hic casus, si fidejussor quis sit in rem suam: quoniam hic reus potius est, quam fidejussor, & is pro quo fidem interposuit, fidejussor verius, quam reus. *l. sed si. 24. eod.*

5 Si unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne à se petatur. quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur; propter regulam *l. & heredi.21. §. ult. hoc tit.* Nam hic quoque paciscentis pecuniariter interest, à socio promittendi reo non exigi, quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstare tamen videtur, quod Julianum respondisse Ulpianus *l.3. §.3. de liber. leg. at.* referr, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obscure significat, pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Sed recte respondet Bachovius Jurisconsultum in specie illic proposita liberationem fieri voluisse per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario prospectum sit; cum alioqui actione ipso jure non sublata fieri possit & aliquando contingere, ut actione adversus alterum instituta ipse inquietetur.

6 Quid si socii non sint? pactum unius alteri non prodesse probatur ex *l. idem.25. hoc tit.* quæ lex conjungenda est cum *l. fidejussoris.23. eod.* ut inscriptio & res ipsa indicat. Cessat quoque hic regula *d. l.21. §. ult. eod.* quia non interest paciscentis à correo, qui socius non sit, non peti. Et huc in primis facit *d. l.3. §.3. de lib. legat.* ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi cui liberatio legata, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur; sed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio prosit.

7 Plerique tamen credunt huic sententiæ contrarium esse, quod rescriptum est *l.2. C. de duob. reis*, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, posse repetere; quod sic accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe judicatum esse testantur *Ant. Fab. Cod. suo for. de duob. reis. defin.1. Christin. vol.3. decis.114. & vol.4. decis.178.* Ego vero puto *d. l. 2.* commode accipi posse de correis sociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuo accepta. *vid. eund. Fab. 11. conject. 6. & seqq. Perez. ad tit. C de duo. reis. n.10. & seq.* Plane si quis nominatim correo quoque suo paciscatur, proderit ei pactum ad exceptionem doli, *arg l. idem in duobus. §. ult. cum l. seq. hoc tit.*

8 Quid si tacite pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis

reis debendi facta? Non alii prodesse posse Alexander ad *l.2. hoc tit.* scripsit, quam ei cui redditum est. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris nisi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adversus correum actionum, *arg. l.1. C. de donat. l. Mavia.49. solut. matrim. l.servum filii.44. §. eum qui.5. de legat.1.* Ex quo apparet non posse correo ex ea causa quæri exceptionem pacti de non petendo; alioqui videretur creditor mandasse actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi posset: idemque creditoris factum & actionem præberet, & simul exceptionem, qua hæc actio elideretur. quod est absurdum. Fidejussorum alia ratio est. Quid ni enim iis prosit exceptio pacti; cum non possit redditio instrumenti facere, ut adversus eos ulla actio mandata videatur: Namque reus principalis regressum habere non potest adversus fidejussorem suum, cui ex contrario ipse indemnitatem præstare debet. Plane si in rem suam fidejussit, aliud dicendum est: nam hoc casu nec pro fidejussore habetur. *l.sed si.24. hoc tit. l.8. §. 1. qui satisd. cog. l.5. de liber. legat.* & ita judicatum refert. *Ant. Fab. Cod. suo. hoc. tit. defin. 6. vid. & sup. c.12. n.13.*

9 Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, nempe si pactus sit se non petiturum. Et hic iterum interesse putem, socii sint, nec ne. Si socii sunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque prosit: nam saltem pro parte obstabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille socio restituere teneretur judicio societatis: eam autem partem, quam ipse consequitur, communicare non tenetur socio, cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Et ut ut summi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obsit, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti saltem obstet exceptio pro parte.

10 Objicit huic sententiæ *Ant. Faber. l. si duo. 34. de rec. arbitr.* Ex qua ita argumentatur; Si compromissum unius ex correis sociis in totum alteri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromissum nocet &c. *d.l.34.* Respondeo, falsum est assumptum; idque vel ex eadem *l. 34.* liquere potest. non enim quæritur eo loco, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente eo stipulatio pœnalis interposita à socio, qui compromisit, committatur; quod non obscure affirmat Jurisconsultus. Unde facile intelligitur compromissum socio, qui non compromisit, non nocere: quamvis & eo petente stipulatio pœnalis committatur, adversus eum scilicet, qui compromisit.

11 Quod si correi credendi socii non sint, pactio unius alteri non oberit ullo modo: quoniam talia pacta vim suam nunquam exerunt extra personas paciscentium. *l. si unus. 27. in fin. pr. junct. §. 4. vers. ante omnia hoc tit.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit. *l.2. de duob. re.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. si rem.31. §.1. de novat.* aut jusjurandum detulerit. *l.28. de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent.

Sed & vim litis contestatæ jusjurandum habet. *l.9. §.3. de jurejur.* Petitione autem unius alterius jus consumitur. *l.2. de duob. reis. l.31.§.1. de novat. l.11. §. sic evenit.21. de legat.3.* Hæc nunc pro instituto sufficiant; alio fortassis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAP. XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1 *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2 *Excipitur casus, de quo l.7. § ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.*
3 *Exceptionis hujus ratio.*
4 *Major pars creditorũ non ex numero personarum, sed ex modo debiti æstimatur.*
5 *Creditores absentes, recte & tempestive citatos, sequi debere exemplum præsentium.*
6 *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7 *Hypothecarios excipi, & qui fidejussorem habent. & quare.*
8 *Sententia Pauli in l. si præcedente. 58. §.1. mandat.*
9 *Quid nostris & Gallorum moribus.*

Creditores cum debitoribus suis obæratis qui solvendo non sunt, interdum paciscuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti sunt de certa portione remittenda: sed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt pacisci, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipsi possint totum petere, quæritur.

1 Dicendum est debitoris pactionem licet cum majore parte creditorum factam, cæteris non obesse. *l. debitorum. 15. C. hoc tit. per l. non debet. 74. de reg. jur. tot. tit. C. res int. al. act. l. solvendo. 39. de neg. gest.* item arg. *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare potest in danda dilatione seu induciis ad solvendum secundum formam illius constitutionis: cæterum non idem statuitur de remittenda parte debiti.

2 Quo pertinet ergo disputatio Jurisconsultorum in *l. juris gentium.7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum? nimirum ad casum singularem; cum scilicet hæres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obærati, æs alienum metuens ita se instituit, ut nolit aliter hereditatem adire, quam si à creditoribus sibi caverit, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc casu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciscentibus, sed etiam iis, qui pacti non sunt. *d. l. 7. §. si ante. 17. junct. d. §. ult. eod. arg. l. quod major. 19. ad municip.*

3 Atque hoc non sine evidenti ratione æquitatis constitutum est, quoniam creditorum omnium, etiam eorum qui pacti non sunt, interest heredem adire hereditatem, ut saltem partem aliquam debiti salvam habeant, cum alias fieri posset, ut totum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem haberent, quem possent convenire. *§.2. in fin. Inst. de leg. Falcid.* Hæc autem ratio cessat, ubi heres jam hereditatem adiit nulla pactione interposita: quoniam cum sit aliquis, qui conveniri possit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obesse his, qui pacti

non

non sunt. Ita recte *Bart. Bald. Angel, Salic. Castr. in dd. ll.* Unus tamen casus est, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obærato pactum majoris partis creditorum nocet cæteris: nempe ubi debitor fugitivus est, nec potest commode conveniri. Tunc enim eadem hic ratio est, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recusat adire hereditatem. Jason in *l. majorem.8. hoc tit.* Matthæus afflictius & tertium casum addit, nempe si debitor bonis vult cedere, nisi ei remissio fiat. *decis.* 288.

4 Porro in toto hoc negotio majorem partem æstimari placuit ex modo debiti, non ex numero personarum. *d. l.8. l. ult. C. qui bon. ced. poss. l. si quis.14. depos. l. cum bona.16. de reb. auct. jud. poss.* Enimvero hæc ita in supra dicta specie procedunt, si major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter se disceptent, *Paul. Castr. ad d. l.7. §. ult. hoc tit.*

5 Et quidem hic etiam absentes creditores exemplum præsentium sequi debebunt, inibiturque majoris partis computatio ex iis qui præsentes sunt. *l. rescriptum.10. eod.* Cæterum non aliter hoc procedet, quam si recte & tempestive citati sint absentes, ut bene *DD. comm.* quamvis Angelus, Castrensis & Pacius dissentiant; qui licet fateantur tutius esse absentes citari, tamen necessarium negant. Etenim cum hic partes suas prætor interponat; ejusque decreto opus sit. *d. l.7. §. ult. hoc tit.* speciem judicati hæc res continet, ut iis, qui citati non sunt, ea præjudicare non debeat. *arg. l. de unoquoque.47. de re jud. l. etiamsi.29. §. ult. de minor. l. nam ita.39. de adopt.* Eoque jure utimur.

6 Quod autem major pars creditorum præsentium ita, uti diximus, statuerit, nocebit aliis etiam absentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis, *d. l. rescriptum.10. hoc tit.* nempe iis etiam, qui personale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l. qui in navem.26. l. quod quis.34. l. bonis.38. §.1. de reb. auct. jud. poss. l. si sponsa.74. de jur. dot.* Item fisco, cum nō hypothecam, sed tantum privilegium exigendi personale habet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* veluti cum in privati locum fiscus successit. *l. fiscus.6. de jur. fisc.* Alias ex contractibus suis habet fiscus hypothecam, sicut & ex causa tributorum. *l.1. l.2. C. in quib. caus. pign. tac.*

7 Hypothecariis vero creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet *d. l. rescriptum. hoc tit.* cujus rei ratio perspicua est: neque enim iis obesse debet aliorum pactio: qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem sibi obligatam persequi possunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejussorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam satis prospectum est, etsi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejussorem convenire velint. *l. si præcedente.58. §.1. mandat. add. Trentacinq. resol. lib.2. sub tit. de solut. c.3.* In dandis vero induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores sequi tenentur suffragium majoris creditorum partis *l. ult. vers. nulla quidem differentia. C. qui bon. ced. poss.*

8 Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l. rescriptum. hoc tit.* ei obstare

ſtare videtur *d. l. ſi præcedente.* 58. §. 1. *mandat.* ubi Paulus ſcribit per pactum majoris partis creditorum præſentium non auferri abſenti creditori pignus aut privilegium. Cæterum nulla eſt inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præſentium auferri abſentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cujacius, & Buſius; ſed ipſos etiam ſequi debere exemplum creditorum præſentium; & portione debiti eſſe contentos. At vero privilegium, quod inter actiones perſonales vertitur, non amittunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, ſi forte propter heredis inopiam ſuam ſinguli partem conſequi nequeant; quod ſæpe evenire poteſt: & hoc ſolum eſt, quod Paulus vult in *d. l. ſi præcedente.* §. 1. *mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non abſolute, ſed κατά τι accipienda: nimirum ſicut pactione majoris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis; ita nec privilegium auferri creditoribus privilegiariis. Illud vero diſcrimen adhuc manet, quod conventione illa nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis, privilegiariis autem præjudicetur, ut recte poſt Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Coſtalius in *d. l. reſcriptum. Borcholt. de pact. c.* 5. *n.* 21. *& ſeqq. Pac. cent.* 1. *quæſt.* 89.

9 Hodie pactio majoris partis creditorum partem debiti remittentium diſſentientibus neutiquam obeſt. *edict. Carol.* v. *edit.* 19. *May.* 1544. *art.* 35. atque ita in Gallia quoque judicatum refert Autumnus *cenſur. Gall. ad l.* 7. §. *ult. & l.* 8. *ff. de pact.* Sed nec pactas cum majore parte creditorum inducias, cæteri creditores ſequi tenentur, niſi oblata cautione & judicis decreto interveniente. *d. art.* 35. atque ita in ſupremo hollandiæ ſenatu judicatum teſtatur Neoſt ad. *deciſ. ſuper. Cur.* 53.

CAP. XVIII.

De quibus rebus paciſci poſſumus.

1 Privatorum pactis jus publicum mutari non poſſe.
2 Non valere pacta, quæ contra juris regulas, ſeu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.
3 Valeatne conventio vivo teſtatore facta, ne heres Falcidia utatur.
4 Interpretatio l. pactum. 46. hoc tit.
5 Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, quamvis repudiatio non valeat.
6 Moribus horum temporum etiam repudiationem eodem caſu valere.
7 De controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, etiam non inſpectis tabulis recte paciſcimur.
8 De alimentis teſtamento relictis gratis paciſci citra prætoris auctoritatem licere.
9 Pactum de quota litis cur improbatum.
10 An non ſaltem pactio, quæ per ſe non valet, vires accipiat à jurejurando.

PAciſci poſſumus de re privata duntaxat & familiari, veluti ſi quis paciſcatur, ne judicatis incenſarum ædium, depoſiti; furti agat, ne operis novi nuntiationem exequatur. *l. juris gentium.* 7. §. *ſi paciſcar.* 13. *& 2. ſeqq. hoc tit.* ne debitorem ultra quam quatenus facere poſſit, conveniat. *l. ſi quis crediderit.* 49. *eod.* ne ab herede hereditatem adituro totum petat. *d. l.* 7.

d.l.7.§.si ante,17.eod. ne legatorum sibi relictorum nomine satisdationem ab herede exigat. *l.pactum.46.eod.fac.l.2.C.ut in poss. legat.* ne utatur fori præscriptione. *l.pen.C.eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res deposita sit periculo ejus, apud quem deponitur. *l.7.§.sed & si.15.eod.l.1.§.sæpe evenit.35.de pos. l.contractus.23.de reg.jur.* ne jumenti vitiosi aut morbosi venditor teneatur emptori actione redhibitoria. *l.31.hoc tit.* Licet enim id pactum fiat contra edictum ædilium ad rem tamen paciscentium privatam & familiarem tantum spectat,& renunciationem continet beneficii emptori edicto ædilitio concessi. Item si fideicommissi onere invicem gravati sint filii, potest precaria hæc substitutio mutuo consensu remitti. *l.cum proponas.16.C.eod.* cui simile exemplum est, quod proponitur *l.1.C.eod.* cum quis spem fideicommissi conditionalis sibi delati pacto remittit, & pro ea remissione quid vicissim accipit. Ex eadem regula & illud est, quod si inter emptorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio servanda sit. *l.in emptionibus.43.eod.l.11.§.ult.de act empt.*

1 De iis vero rebus, quæ ad causam publicam pertinent, pacisci non possumus; puta si quis paciscatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. causa facta est, exequatur. *l.7.§.si paciscar.14.hoc tit.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non potest. *l.jus publicum.38.eod.* Et hoc est, quod generaliter definit Ulpianus *d.l.7.§.& generaliter.* quoties pactum à jure communi remotum est, servari hoc non oportere. *à jure communi* dictum videtur pro à jure singulorum & re cujusque privata. *l.si unus.27.§.pacta.4.eod.* Et ideo si is, cui oppigneratur prædium, paciscatur cum debitore, ne onus tributi prædii oppignerati agnoscat,sed ejus solvendi necessitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiscalis. *l.inter debitorem.42.eod.* quanquam quod ad paciscentes attinet justum, ac proinde servandum est. *l.epistola 52.§.2.eod.l.ult.C.fin.cens. vel reliq.*

2 Aliter hæc cum Græcis explicat Cujac. *lib.1.obs.c.24.* res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt. *l.contra.28.hoc tit.l.27.de reg. jur.* veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, ne à debitore suo petat. *d.l.28.* aut si convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur. *l.2.l.12.§.1.l.licet.18.de pact.dot.* aut si constante matrimonio vir & uxor paciscatur, ne ob res donatas ageretur. *l.5.§.1.d.t.* Item si quis cum aliquo paciscatur, ne ejus frater sit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non potest. *l.jus agnationis.34.hoc tit.* Conjunctio sanguinis necessaria est & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitriove nostro non pendet. Quam ob causam Isocrates amicitiam consanguinitate potiorem esse dicebat, quod hæc ἐκ τῆς ἀνάγκης, *ex necessitate*, illa, ἐκ τῆς προαιρέσεως, *ex voluntate* proficiscatur. Eademque est ratio sententiæ, si forte judex adeo excors sit, ut agnationem inter duos existentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque si nullam inter eos agnationem esse pronuntiet, quo casu merito jus facit sententia & pro veritate habetur. *l.1.in fin.l.2.l.3.pr.de lib.agnosc.* Et in universum status hominis

nis vel conditio personæ pactis mutari non potest. *l. liberos. 10. C. de lib. causa.* Denique sicut pacto effici non potest, ut is agnatus sit, qui agnatus non est, nec contra: ita quoque ut coheres sit aliquis, cui neque testamento neque lege defertur hereditas, frustra cavemus. *l. epistola. 52. pr. hoc tit.*

3 Quæsitum est, an valeat conventio vivo adhuc testatore facta, ne heres Falcidia utatur, & certam pecuniam, si contra fecerit, præstet; Et Papinianus in *l. quod bonis. 15. §. 1. ad leg. Falc.* respondet hujusmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec testator ipse olim in suo testamento Falcidiam prohibere potuit: quia nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. 55. de legat. 1.* Cæterum quoniam jure novissimo testatori permissum est vetare, ne heres Falcidia utatur. *Nov. 1. c. 2.* putavit Cujacius in *l. pactum. 46. hoc tit.* & cum Cujacio Busius, hodie etiam vivo testatore privata conventione remitti Falcidiam posse, contra responsum Papiniani in *d. l. quod bonis. §. 1. ad leg. Falcid.* Quod probare non possum. Abutitur Cujacius ratione Jurisconsultis, dum eam nimis generaliter accipit. Quod potest fieri, inquit, testamento, potest & pacto. Verum est, sed id demum procedit mortuo testatore, cum jam hereditas aut legatum delatum est, aut saltem testamentum morte confirmatum, ut jam amplius voluntas revocari nequeat.

4 Hæc enim est sententia *d. l. 46.* sicut testatur potuit testamento suo cavere, ne ab herede satisdatio legatorum nomine exigatur, ita & post mortem testatoris legatarius, qui satisdationem exigere poterat, eam pacto possit heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo testatore remittere non potuerit, hæc ratio est, quod nec testator huic legi derogare potuit; sed hæc, quod eo tempore institutus nec dum heres dici potest, nec ullum plane jus ei natum est, cum testamentum pro libitu testatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et sic omnino accipiendum, quod Jurisconsultus in *d. l. 46.* ait licere sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere. nimirum non juris prorsus incerti; & quod in nuda atq; imaginaria spe positum sit, cujus remissio jure nostro nullum momentum habet: sed juris aut jam delati, aut alias ita oblati, ut nisi die aut conditione differretur, statim illud agnoscendo acquirere possemus. Sane post mortem testatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur, valet: eaque Ulpiani sententia est in *l. qui quod. 46. ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. si patronus. 20. §. 1. de donat.* confirmata & à Justiniano *l. ult. C. ad leg. Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipso dubitatum fuisse. Eadem ratione sanxit idem Justinianus; ut si quis à patre certas res pecuniamve acceperit, pactusque fuerit de querela inofficiosi adversus patris testamentum non movenda, hujusmodi pacto non prægravetur, possitque nihilominus non agnitum patris judicium oppugnare; quamvis post mortem patris recte paciscatur de querela inofficiosi, quæ jam ei nata est, non movenda, eique renuntiare possit. *l. si quando. 35. §. 1. & 2. C. de inoff. test.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obsequia provocandi sunt quam pactionibus adstringendi.

5 Hoc

5 Hoc amplius putat Ant. Faber non valere conventionem, quantumvis post mortem testatoris factam, de remittendo legato aut fideicommisso conditionali. Valet quidem talis pactio, si transactionis causa facta sit aliquo accepto vel retento. *l.* 1. *C. hoc tit.* *l.* 11. *C. de transact.* Sed valere negat Faber eam, quæ fit gratuito & citra causam transactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia, inquit, tale pactum destruit voluntatem testatoris, quam ex contrario transactio præsupponit. facit Paul 4. *sent.* 1. §. *rogati.* Ego autem didici etiam gratis pacisci licere, *l.* & *uni.* 21. §. 4. *hoc tit.* *l. cum proponas.* 16. *C. eod.* Nec obstat, quod legatum aut fideicommissum pendente conditione repudiare non possumus. *l. si ita scriptum.* 35. §. 1. *de legat.* 2. nam repudiationis & pacti diversa ratio est. Non repudiantur nisi quæ jam delata sunt. *l. is qui* 13. *l. nec is qui.* 17. *in fin. cum l. seq. de acq. her. l. delata.* 151. *de verb. sign.* Pacto remitti possunt, & quæ nondum delata. *d. l.* & *uni.* 21. §. 4. *d. l.* 1. & *d. l.* 6. *C. de pact.* Qui repudiat, remittit in præsens, quod ei delatum est & poterat agnoscendo acquirere. At legatum conditione non defertur, ac proinde nec acquiri potest, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem existentem legatario ad heredem ejus non transmittitur. *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* *l.* 1. §. *fin autem.* 7. *C. de caduc. toll.* Qui autem paciscitur, potest etiam in futurum remittere, scilicet cum legatum vel fideicommissum deberi & peti posse cœperit. Qui repudiat, dicit se nolle rem, quæ delata est, ad se pertinere: qui paciscitur, hoc dicit, se etsi post cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari potest legatum, cujus dies nondum venit, licet cesserit, veluti si ex certa die nobis legatum sit. *d. l.* 45. §. 1. *de legat.* 2. *Gædd. c. 6. de contr.* & *comm. stip. n.* 15. & *seq. post Alciat. Don.* & *alios ad d. l.* 1. *C. hoc tit.* Zasius in *l.* 17. §. *pen. hoc tit.* etiam hanc affert rationem, quia repudiatio tantum nititur consensu unius, & est fragilis: sed pactum nititur consensu utriusque, legatarii & heredis.

6 Cæterum nostrorum temporum, simplicias hanc juris Romani subtilitatem, ut nimis scrupulosam, insuper habet: possumusque hodie post mortem testatoris non tantum transigere aut pacisci de hereditate legatove aut fideicommisso sub conditione relictis; verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare. *Bern. Autum. censur. Gall. ad d. l.* 45. §. 1. & *ibid. Groenew. tract. de ll. abrog.* qui tamen male huic mori præsidium petit ex *d. l.* 2. *C. hoc tit. l. de fideicommisso.* 11. *C. de transact.*

7 De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque testamenti verbis. *l.* 6. *ubi Gloss.* & *DD. de transact.* Unde quæsitum an hoc ipso etiam prohibita videri debeat, gratuita de hujusmodi controversiis pactio facta ante tabularum inspectionem? Affirmat. *Bart. in d. l.* 6. negant *Castrens.* & *Iason*; quorum sententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1. Quia *d. l.* 6. ubi transactio duntaxat prohibetur, aliquid singulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia potest quilibet legatum aut jus sibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & transactionem in casu proposito magna differentia est. quippe qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa, decipitur;

decipitur; cum utique velit habere, quod sibi ex testamento debetur: a is, qui ultro totum remittit, non decipitur. adde, quæ nos *tract. de transact. c.5. n.10.*

8 Huic quæstioni affinis est & illa. an quis alimenta sibi testamento relicta ex liberalitate donationis causa remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatē pacisci liceat, quamvis de his transigere sine prætore licitum non sit. *l.8. per tot de transact.* Et puto licere, idque ob hasce rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: est autem transactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc transactionis prohibitio est contra regula juris communis, ideoque non producenda ad consequentias. *l. quod vero. 14. seq. de legib.* 3. Quia nemo prohibetur, quod sibi relictum est, repudiare & contemnere. Et quæso qua ratione quis impedietur, quominus omittat & non petat; quod sibi relictum est? Quid denique interest, utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? 4. In pacto cessat ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris requirit, ne scilicet alimentarius circumveniatur: non enim videri potest decipi, qui ultro remittit: sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præsens habere, quam singulis annis particulam. Visum est voluntatem testatoris conservari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non qui contemneret. Non movet, quod relatum est in *d. l. 8. §. si uni. 15. de transact.* non posse alimentarium inconsulto prætore fundum in alimenta oppigneratum liberare: Nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l. 8. §. si prætor. 17.* non de alimentario remittente, sed de prætore negligente agitur. Porro pacta de re impossibili facta, aut quæ turpem & inhonestam causam continent, quæve contra leges aut bonos mores fiunt, nullius momenti sunt. *l. 7. §. ait prætor. 7. l. si unus. 27. §. 3. & 4. hoc tit. l. 6. C. eod. l. generaliter. 26. & seq. de verb. oblig.* puta de furto faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & si quis paciscatur cum aliquo, ne ob dolum suum aut furtum teneatur, si postea admissum fuerit, æque reprobatur hoc pactum, cum magna sit illecebra peccandi spes impunitatis. *d. l. si unus. §. 4.* Diversa causa est ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficium perpetretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, pacisci hominibus privatis non liceat? *l. non impossibile. 50. eod.* Cæterum si ob eandem causam promittatur pecunia, nulla nascitur obligatio propter turpitudinem conventionis. *d. l. 7. §. si ob maleficium 3. eod.*

9 Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum, quo causidicus à litigatore litem redimit, τὸ δίκης μισθὸν, scilicet quo convenit, ut is nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam summam in eventum litis accipiat *l. sumptus. 53. eod. l. 7. mandat. l. 5. C. de postul.* Nam ejusmodi pactio causidicis calumniose litigandi occasionem præbet, iisque artibus & strophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes ediscunt. Lite autem finita pacisci vetitum non est de parte residui debiti remittenda advocato ob causam ejus patrocinio & fide defensam. *l. C. hoc tit.*

*tit. Perez ad d. tit. n.*5. Illæ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt successionem sive obtinendam sive repudiandam. sed de hoc genere dicemus ex professo cap. seq.

10 Hoc autem loco non intempestive quæritur, an non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat à jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum est. Et Ulpianus in *d. l.7.§.& generaliter.16. hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per se habet. Et sane si conventio ideo non valet, quia natura aut turpis est aut iniqua, non debet à jurejurando ullum robur accipere; cum jusjurandum non debeat esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *c. 1. ext. de jurejur. c. inter cætera. 2. quæst.* 4. Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione objecti per se sit ἀδιάφορος, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non universos, sed singulos respiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata servari debeat verbi causa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit summam quingentorum aureorum, nisi actis insinuata sit: non peccat tamen, qui donationes illas non revocat. *Gail. 2. obs.* 39. *& seq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et siquidem hoc solum quæritur; an tale jusjurandum jure civili sit efficax aut obligatorium, constanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse conventionem, quæ jure civili nullius momenti sit. *l.*5. *C. de legib. d. l.*7. *§. & generaliter.*16. *hoc tit. l. si quis inquilinus.*112. *§. ult. de legat.*1. Cæterum dicere ne conscientiam quidem jurantis religione obstringi ejus juramenti, quod neque iniquum per se nec contra bonos mores sit, nimis grave est. Recte ergo & verbo Dei convenienter juramentis omnibus sponte præstitis hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundent in alterius præjudicium, nec in dispendium vergant æternæ salutis. *c. cum contingat.* 28. *ext. de jurejur. c. quamvis. de pact. in* 6. *c. non est obligatorium. de reg. jur. in* 6. Atque hoc in foro quoque seculari hodie servandum esse volunt *Coller. de process. p.*1. *c.*10. *n.*225. *Gail.*2. *obs.*38. *& seq.* & ibi citati.

CAP. XIX.

De pactis circa successiones.

1 Pacta de viventis hereditate obtinenda legibus nostris improbata: & quæ hujus rei ratio.
2 Non excipiuntur pacta de successione mutua, nisi militum ad communem Martis aleam pergentium.
3 Defenditur contra communem pacta hujusmodi natura turpia non esse.
4 Respondetur ad locum Papiniani in l. 29. §.2 de donat.
5 Varia variarum gentium pacta circa mutuam successionem.
6 Concluditur ex præcedentibus, posse statuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujusmodi pacta juramento confirmari.
7 Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam sine designatione certæ personæ valere.
8 Eandem pactionem non valere, si is, de cujus hereditate agitur, certus sit; nisi is consentiat, & in ea voluntate usque ad extremum perseveret.
9 Aliter, quam vulgo, exponitur l. 2. §. 2. de hered.

de hered. vel act. vend.
10 Explicatio §.ult. Inst. de leg agn. success.
11 Pactis hereditatem non magis conservari, quam dari posse, contra quam vulgo creditur, multis documentis ostenditur.
12 Respondetur ad argumentum in contrarium allatum ex l. non aliter. 18. de adopt.
13 Etiam pacta de non succedendo improbata esse: ut ut hæc minus odiosa, quam illa de succedendo, & cur minus odiosa.
14 Quibus distinctionibus adhibitis respondendum, cum quæritur, an pactum, quo successioni renuntiatur, valeat, si renuncians tantum acceperis, quantum ei obventurum fuerat.

1 Apud Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis solicitum esse: ob eamque causam pactiones de futura successione, quæ heredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occasionem præbent, ut odiosæ ac periculosæ, legibus civilibus merito improbatæ sunt: quales illæ in primis, quæ fiunt de hereditate viventis obtinenda: interpretes pacta de succedendo affirmativa vocant. ut ecce, pactus sum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi succederem; hæc conventio inutilis est. *l. pactum quod. 15. C. hoc tit. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 4. C. de inut. stip.* in tantum ut nec pœna in contrarium promissa peti possit. *l. stipulatio hac. 61. de verb. oblig.* Idque non unam ob causam constitutum est: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur; non deferuntur autem nisi testamento aut lege. *d. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. ult. de suis & legit. §. ult. Inst. per. quas pers. cuiq. acq.* Deinde quia hujusmodi pactio tollit aut constringit libertatem testandi, quod leges nostræ aversantur. *l. 1. C. de sacros. eccles. d. l. 15. C. h. t.* Pactio enim revocari nequit. *l. 5. C. de obl. & act.* voluntas autem testatoris ambulatoria esse debet usque ad vitæ supremum exitum. *l. 4. de adim. leg.* Tertio quia contra bonos mores esse tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant desiderandæ & captandæ mortis alienæ. *d. l. stipul. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip. l. 11. C. de transact.*

2 Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de successione mutua, ne hæc quidem jure nostro rata esse recte defendit *Goedd. tract. de contr. & commut. stip. c. 6. conclus. 7. n. 82.* contra *Mynf. 2. obs. 33. & Gail. 2. obs. 126.* Atque hoc satis perspicue elucet ex *l. licet. 19. C. hoc tit.* ubi nominatim etiam mutua hujusmodi pacta improbantur exceptis militum ad discrimen prælii pergentium, ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντων *Bas. h. t. c. 63.* in quo jus singulare, quod ad consequentias trahi non oportet. *l. 14. & seq. de leg.* Et tamen ne hoc quidem casu pacta commilitonum περὶ ἀλληλοκληρονομίας valent in vim pacti, sed in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ institutionis, ut pro arbitrio paciscentium revocari queant, sicut recte docet *Cyn. in l. ult. C. hoc tit. n. 19. & DD. comm. d. l. licet. 19. C. eod. add. Boer. decis. 204. n. 14. & seq.* Itaque pacta illa reciproca de succedendo inter conjuges, facta in dotalibus instrumentis, quæ hodie plerisque locis recepta, non tam sustinentur auctoritate juris, quam vi consuetudinis aut legis municipalis. *Et quoniam istiusmodi pacta liberam testandi potestatem constringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria esse dicuntur, ob hanc causam nec statuto nec jurejurando

jurando ea confirmari posse plerique tradiderunt. *Borcholt. tract. de pact. c.5. n.66. & seq. Gail. 2. obs. 125. Sichard. in l. 3. n.3. C. de collat. Fachin. 1. contr. 72. & ibi alleg.* qua tamen in re vix est, ut iis simpliciter assentiri queam.

3 Etenim si seposita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æstimare velimus, non sunt talia pacta natura turpia, sed more civitatis Romanæ, sive, ut Cujacius in *l. 26. de verb. oblig.* sunt contra bonos mores populi Romani. Nam primo natura turpe non esse libertatem coërcere testandi ex eo patet, quod multis etiam è repub. visum est, nimiam testandi licentiam præcidere, utique hactenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quinetiam Bodinus *l. 5. de repub. c. 2.* auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retulisse: Cæterarum autem gentium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos aliosque populos uti. Sed & apud gentes quasdam nullus omnino testamentorum usus fuit, ut apud Germanos, teste Tacito *de morib. Germ.* ac ne nunc quidem testamenti faciendi liberum jus obtinet in Geldria & diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ finitimis. Ut proinde liberæ istius facultatis testandi non usque adeo magna ratio habenda videatur, præsertim quod ad eas personas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo, qui ob singularem sapientiam Philosophus appellatus est, aperte *d. l. pactum quod. C. hoc tit.* ut iniquam damnat & abrogat, eo quod statuat ἐναντία τῆς φυσικῆς τῶν γονέων τέκνοις ὀφειλομένης ἰσονομίας, ἀδικίας δὲ θύραν ἀνοίγει κατὰ τοῦ παιδὸς τῷ πατρί, &c. *contraria naturali, quæ à patribus liberis debetur, æquabilitati, patrique adversus filium ad iniquitatem fenestram aperiat:* Atque hanc Leonis constitutionem, quæ abrogatur *d. l. pactum quod.* Gallorum moribus receptam esse testatur Cujac. in *l. 26. de verb. oblig.* Altera illa ratio, quod hujusmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & consequenter peccandi præbeant occasionem, neque certa est, neque necessaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in se nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento usufructu. *l. si quis argentum.* 35. §. *sed siquidem.* 5. *C. de donat.* nec pupillaris substitutio in iisdem tabulis scripta, quibus pater sibi heredem instituit. §. *sin autem.* 3. *Inst. de pupill. subst.* nec mortis causa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit: quæ tamen omnia jure civili permissa sunt; & haud dubie ideo, quia certum & constans votum captandæ mortis non inducunt.

4 Nec movet *l. 29. §. 2. de donat.* ubi Papinianus satis aperte indicat, paciscentes de hereditate viventis adversus bonos mores & jus gentium facere & festinare. Nam in hoc genus disputationibus non auctoritate, sed ratione certandum est: & solent Jurisconsulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod a lege civili vim accepit, non solius populi Romani, sed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non sit pars illius

 juris

juris communis; quod proprie jus gentium dicitur, sed ad cujusque populi indolem accommodatum sit, ab uno populo aliis inconsultis mutari potest, ut multis ostendit *Grot. lib. 2. de jur. bell. pac. c. 8. & lib. 3. c. 6. & seqq.*

5 In Germania valent pacta, ut vocant, fraternitatum de mutua successione inter Principes, aut alias illustres personas: item pacta de unione prolium. de quibus *Gail. 2. obs. 125. & 127.* Quibusdam in locis etiam pactis dotalibus super hereditate vel tota, vel pro parte ita mutuo disponitur, ut ea dispositio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat. *constit. Pala. in. tit. 5. von testamenten und letsten willen.* apud alios ita, ut tamen alter inscio aut invito altero dispositionem mutare possit: rata autem maneat, si mutata non fuerit. *Sichard. in l. 3. C. de collat. Mynf. 2. obs. 33. Boer. decis. 204. n. 16. VVesenb. cons. 63. in fin.* Quæ autem natura turpia sunt, & honestati contraria, ea semper & ubique turpia sunt, saltem apud gentes moratiores, & bene secundum naturam se habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri superstes erit, ad successionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, subsistit, tametsi lex patria parentem superstitem ab hereditate liberorum secludat. *Neostad. rer. judic. 2.* Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigi possit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, sed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis sponsalitiis agatur, ut contrahentium singuli sibi liberisque suis jus succedendi ab intestato eligant, vel novum, si velint, constituant; lege tamen caveri honeste potest, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imo non satis honeste facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem causam. adde Groenew. *de ll. abrog. ad l. pactum quod. 15. C. de pact. & l. hereditas. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. & ibi cit. seq. seq.*

6 Ex quibus omnibus effici videtur, posse jure publico constitui, ut etiam pactis hereditas detur, si non simpliciter & absolute; utique tamen multis casibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & sorores, cæterasque personas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad successionem venturæ sunt. Forte & morum populi innocentia spectanda, in quem ob id sinistra illa suspicio non facile cadat. Unde Zasius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italis esse relinquenda. *consil. 1. n. 38. lib. 2.* quod si statuto, (utique quod legis vim habet) induci potest, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure canonico, quia servari potest sine dispendio salutis, per ea, quæ *cap. praeced. Bald. in c. 1. §. mortibus. si de feud. def. content. sit int. dom. & agn. vas. Decius cons. 516. n. 5. & cons. 655. n. 12. Cravett. con. 139. n. 8. Iohan. Ramat. in c. quamvis ext. de pact. in 6. n. 17. & seq. Menoch. cons. 1. n. 168.* Tulde. ad §. *hoc tit. n. 5.* Pacti affirmativa de succedendo speciem faciunt & pactionem de hereditate tertii: cæterum minus recte. Nam tali pacto non agitur de succedendo, neque ex eo peti aut vindicari potest hereditas: sed nihil aliud est, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7 Et si quidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis designata hereditate, veluti si inter duos ita coita sit societas, ut si qua hereditas alterutri obvenerit: ea communis sit, placet conventionem valere. *l.* 3. §. 2. *pro soc.* Ratio est, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciscimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus pacta de hereditate viventis jure nostro improbari.

8 Si vero is tertius, de cujus hereditate agitur, certus sit, puta si duo paciscantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo sibi obventuram sperant, talis quoque conventio inutilis est, eamque diserte improbat Justinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores sit, viventis hominis bona in sortem & divisionem vocari, atque ita quasi mortem ejus voto & spe præcipere. *l. ult. C. hoc tit.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat superior pactio, nisi is, de cujus bonis agitur, consentiat, & in ea voluntate ad extremum usque vitæ spatium perseveret, quo casu hujusmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipso instanti, quo fit ista conventio, consensus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum sit inscio illo tertio, de cujus hereditate agitur, si tamen is certior factus postea consenserit, in eaque voluntate perseveraverit, puto pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an post vel ante consensus intervenerit, ut nulla consentienti injuria fieri intelligatur? *Ant. Fab. Cod. suo for. hoc tit. defin.* 10. dissentit tamen Jul. Pacius in *d. l. ult.* sed levi argumento, quod cuivis promptum solvere.

9 Huic autem sententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l.* 2. §. 2. *de her. vel act. vend.* ubi Ulpianus scribit substitutum impuberis recte vendere hereditatem impuberis, & maxime si ea jam delata sit. Ergo valet ea venditio, sive jam impuberis hereditas delata sit, sive non sit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Respondent nonnulli particulam *maxime*, quæ nota est collotionis, in *d. l.* 2. §. 2. positam esse pro *utique*, quæ nota est *καθολικῆς*, ut hic sit sensus, valere venditionem hereditatis impuberis, cæterum ita, si jam delata sit, hoc est, si impubes jam mortuus sit. *Bronch. cent.* 1. *assert.* 30. *Diod. Tulden. Cod. de pact. n.* 6. Sed non est necesse, ut ad hanc responsionem confugiamus. imo falsum est non posse vendi hereditatem, nisi quæ delata sit. Potest enim vendi & quæ nondum delata est, puta si vendatur pendente conditione, sub qua venditor heres institutus est, & in specie *d. l.* 2. §. 2. substitutus est impuberi: Cæterum ita, dum sit hereditas, si testator aut impubes jam mortuus sit: nam viventis nulla est hereditas. *l.* 1. *de her. vend. facit l. & ant.* 21. §. 4. *hoc tit. l.* 1. *l. cum proponas.* 16. *C. eod. add. c. praced.* Unde apparet vitiosam esse hanc collectionem. pacisci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Jul. Pacius ad *l. ult. C. hoc tit.*

10 Objici solet & quod scriptum est in §. *ult. Inst. de leg. agn. success.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit, ex eo consequi, ut legitimam eorum successionem obtineat. Sed hoc non eam habet

 significa-

significationem, quasi pater ea lege emanciparet liberos, ut ipsis succedetet: sed cum in emancipatione liberi maciparentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quandam servitutem. *l.* 3. §. 1. *de cap. min.* §. *praeterea.* 6. *Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ne in ea servitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id est, ea lege, ut patri ab emptore imaginario remanciparentur, quo ipse deinde eos manumitteret: quae conventio ad potestatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quanquam si ex lege fiduciae sibi remancipatos pater manumittet, in eorum bonis jus legitimae successionis nanciscebatur. *d.* §. *ult. Inst. de legit. agn. success.*

11 Quidam existimaverunt, etsi hereditas pactis dari non potest, posse tamen pactis conservari. *arg. l. non aliter.* 18. *cum seqq. de adopt. l. quidem.* 132. *de verb. oblig. cum simil. ib. Sichard. in authent. non licet. C. de lib. praet. n.* 18. *Gedd. de contr. stip. concl.* 6. *n.* 88. *Bart. in l. ult. C. hoc tit.* quod & ipsum tamen verum non esse bene post *Bologn. in d. l. ult. n.* 93. ostendit *Tim. Fab. anniversf. disp.* 21. 1. quia ut filius a patre naturali in adoptionem extraneae personae datus jura sui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit. *l. pen. C. de adopt.* §. *sed ea omnia.* 14. *Inst. de her. qua ab int. def.* 2. quia nec filius, quem pater emancipat, retinere sibi potest jus legitimae successionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filio, quem dat in adoptionem. *d. l. pen. C. de adopt. d.* §. *sed ea.* 14. & §. *emancipati.* 9. *Inst. de her. qua ab int.* 3. Quia nemo potest libertatem de supremis judiciis constringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciscendo praeferre. *l. cum duobus.* 52. §. *idem respondit.* 9. *pro soc.* Sic in specie *l. pactum quod.* 15 *C. hoc tit.* pacto non potuit pater servare successionem filiae: quemadmodum nec in casu *d. l. quidam.* 132. vers. *quare sic. de verb. obl.* sed conventio illic proposita non ad aliud prodest, quam ut poena promissa, si contra factum sit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, sed confirmat hanc sententiam.

12 Similiter non obstat huic sententiae, quod adrogator impuberis tenetur cavere servo publico, se si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum ea, quae ex bonis ejus consecutus est, illis, ad quos ea res pertinet. *l. non aliter.* 18. & *seq. de adopt.* Nam haec cautio non ad conservationem juris eorum, ad quos alias res perventura esset, pertinet; quippe qui & omissa ea idem juris haberent. *l. his verbis.* 19. §. 1. *d. tit.* sed ad eorum securitatem. Adveniente denique ea adrogati aetate, qua testamentum facere possunt, qui sui sunt juris, evanescit. §. 3. *Inst. eod.*

13 Non tantum pactum affirmativum de succedendo, verum etiam negativum de non succedendo jure nostro improbatur, puta quo quis futurae successioni renuntiat. *l. ult. de suis & legit. her. l.* 3. *C. de collat. c. quamvis. ext. hoc tit. in* 6. Hoc vero pactum, cum nec libertatem testandi impediat, nec votum inducat captandae mortis alienae, longe minus odiosum est, quam superius illud de succedendo: & ideo a statuto robur accipere posse pene extra controversiam est, & jurejurando quoq; confirmari Canones expresse voluerunt. *d. c. quamvis.* Tantum ideo improbatum est, quia privatorum cautiones,

iones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, sed etiam amittendæ hereditatis constituunt, non censentur. *l. ult. de suis & legit.*

14 Quid si is, qui pactus est, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renunriavit, obventurum fuisset? Adhibenda hic non una distinctio. Primum interesse puto, utrum is renuntiaverit, qui solummodo jus habet succedendi ab intestato, an qui & jus querendi de inofficioso. Deinde an ille, cujus successioni renuntiatum est, testatus decesserit, an intestatus. Si intestatus non obstante pacto, succedetur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur. *l.* 3. C. *de coll.* Si vero testatus, cessat potestas legis proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiatioris & pacti renuntians à querela excludatur. Tametsi autem hoc quidam simpliciter affirmant, si quantitas accepta exæquet portionem legitimam. *arg. l.* 1. §. 3. *si à par. quis man.* referre tamen hic arbitror, quo titulo quid datum acceptumque sit; & præterea distinguendum inter jus vetus & novum. Jure veteri quod mortis causa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat. *l.* 8. §. *si quis mortis.* 6. *de inoff. test.* quod autem inter vivos donabitur non aliter, quam si ea contemplatione donaretur, ut in quartam haberetur. *l. si non.* 25. *d. tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obstat filio. *l. si quando.* 35. §. 1. C. *de inoff. testam.* multoque minus jure novissimo, quo liberi legitimam habere debent titulo institutionis. *Nov.* 115. *c.* 3. Ad hunc ferme modum hæc explicat & *Bachov. ad Treutl. disp. hoc tit. thes.* 8. ubi etiam observandum notat, quod in specie *d. l.* 1. §. 3. *si à par. quis man.* pater non ipso jure, sed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi non de querela inofficiosi, sed bonorum possessione contra tabulas agatur.

Cap. XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

1 *In omnibus negotiis, etiamsi verborum aliqua sit ambiguitas, primum spectandum esse, id quod actum est: atque ejus sententiam inspici, qui sermonem protulit.*

2 *Si non apparet, quid actum sit, id accipi debere, quod est verisimilius & rei gerendæ aptius, aut quod plerumque fieri solet.*

3 *Si ne illud quidem appareat, in dubio sequendum quod minus est, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.*

4 *Pactionem obscuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, stipulatori nocere: verũ etiam emptori, conductori, promissori, si ipsi legem obscuram dixerint.*

5 *Species l. si mihi & Titio.* 110. §. 1. *de verb. oblig.*

6 *Respondetur ad l. in lege.* 29. *locat.*

7 *In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.*

8 *Redditur diversi hujus juris ratio.*

9 *Locus Vlpiani in l.* 5. §. *ult. de rei vind. expositus.*

1 IN omnibus negotiis, etiamsi re constant, primum inspicienda est paciscentium & contrahentium voluntas, atque id quod actum est, pro cauto habendum. *l. semper* 34. *de reg. jur. l.* 3. *de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua sit ambiguitas, id tamen ante omnia spectari oportet, quod cogi-

tarum taciteque actum est. *l. ubi. 21. l. cum in testamento. 24. de reb. dub. l. in lege. 77. de contr. empt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ significantur, eum sensisse credibile est. *l. Neque Proculo. 125. de verb. sign.* in quo placet ejus sententiam & affectionem maxime spectari, qui sermonem protulit, ἢ ἀφηγησάμενος. *l. in ambiguus. 96. l. rapienda. 168. §. 1. de reg. jur. l. 3. de reb. dub.* Atque hic habet locum, quod dici solet, unumquemque esse interpretem suorum verborum. Exempli causa, si quis triticum sibi dari stipulatus sit sine adjectione mensuræ, hæc quidem stipulatio imperfecta est *l. ita stipulatus. 115. de verb. oblig.* cæterum si forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum esse, id pro expresso habebitur. *l. triticum. 94. eod.* Nec obstat *l. quidquid 99. eod.* quoniam ille textus tunc demum locum habet quando non apparet, quid actum sit. Sed per enim, etiam in stipulationibus, quod actum est, in primis attendi debet *l. semper. 34. de reg. jur.* Aliud exemplum suppeditat *l. qui cum tutoribus. 9. §. ult. de transact.*

2 In dubio autem si non apparet, quid actum vel cogitatum sit, commodissimum est id accipi, quod rei gerendæ est aptius. *l. quoties. 67. de reg. jur.* seu quo res, de qua agitur, magis valeat & in tuto sit, quam pereat. *l. 12. l. ubi. 21. de reb. dub. l. quoties. 80. de verb. oblig.* Omnino autem hic inspiciendum erit, quod est verisimilius. *l. in obscuris. 114. de reg. jur.* Exempla habemus in *l. si venditor. 38. §. 2. de act. empt. l. in lege. 29. locat.* & elegans in *l. insula. 13. qui pot. in pign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum est, in dubio pro venditore Jurisconsultus interpretatur; quoniam ex conjecturis verisimile est id in specie illic proposita inter contrahentes actum esse, ut jus pignorum ob pensionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni pensio ex obligatione principali, quam pignus sequitur, accederet. Stipulatus est aliquis intra certum tempus Carthagini sibi dari, cum duæ sint Carthagines. verborum est ambiguitas. Cæterum etsi promissor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non potest, stipulator autem de altera, stipulatoris potius accipietur sententia, quoniam rei gerendæ aptior est: & alioqui res contracta tuto in loco esse non potest. *l. ubi. 21. de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac specie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæsitum esset, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur, Scævola respondit, ea quæ mortis debitoris tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videri. *l. pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuisse verisimile est. Sequemur autem in hujusmodi negotiis id quod in regione, in qua actum est, frequentatur, aut τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γινόμενον. *Harmenop. lib. 1. tit. 35. §. 15.* quod plerumque fieri solet. *l. semper. 34. l. in obscuris. 114. de reg. jur.* Exempla in *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de adil. edict. l. qua conditio. 39. §. 1. de cond. & dem. l. si pactum. 9. de probat.*

3 Quod si ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulpiani in *l. 9. de reg.*

reg. jur. atque in dubio sequemur, quod minus est. Idque non in conventionibus tantum & contractibus observatur. *l. inte.* 83. §, 3. *l. quicquid.* 99. *de verb. obl. l. ult. de prat. stipul.* verum etiam in aliis causis, puta in irrogatione pœnarum. *l. si prases.* 32. *l. interpretatione.* 42. *de pœn.* in diversis judicum sententiis. *l. inter partes.* 38. §. 1. *de re jud. l. diem proferre.* 27. §. 3. *de rec. arbitr.* in testamentis. *l. cum servus.* 39. §. *stio.* 6. *de legat.* 1. *l. Sempronius.* 47. *de legat.* 2. *l. qui concubinam.* 29. §. 1. *l. nummus.* 75. *eod.* 3. Ex ejusdem regulæ ratione est, quod veteres probaverunt, in ambigua vel obscura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.

4 Et Papinianus quidem respondit, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere; utpote in quorum potestate fuerit, legem apertius conscribere. *l. veteribus.* 39. *hoc tit.* ut & Paulus *l. in contrahenda.* 172. *de reg. jur.* Et Celsus, cum quæritur in stipulatione quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse ait; quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. *l. quidquid.* 99. *de verb. obl. l. cum quaritur.* 26. *de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib.* 11. *Basil.* apud Harman. *lib.* 1. *tit.* 15. conveniunt, *ἐν τοῖς ἀμφιβόλοις τὴν ἐπερώτησιν κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντος ἑρμηνεύεσθαι.* item *τὸ ἀσαφὲς ἢ ἀμφίβολον σύμφωνον κατὰ τοῦ πράτου καὶ τοῦ μισθώσαντός ἐστιν.* Cæterum id ipsum quoque & in emptore & conductore, & promissore similiter admitti debet; si & ipsi legem obscuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum sit. Etenim vel ipsa naturalis ratio docet, unumquemque contrahentium sibi imputare suæque imprudentiæ expensum ferre debere, quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emptioni appositum secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minusque aperte locutus fuerat interpretatur in specie *l. si in emptione.* 34. *pr. de contr. empt.* item Marcellus in *l. comprehensum.* 60. *eod.* Sed & Celsus in *d. l. quidquid.* 99. *de verb. oblig.* postquam de stipulatore verba fecit, statim subjicit de promissore in eandem sententiam: *Nec rursum promissor ferendus est, si ejus interest, de certis potius vasis forte aut hominibus actum esse.* quod valde circa hanc quæstionem considerandum arbitror. Quoniam autem plerumque à venditore, locatore, stipulatore pactum interponitur & lex contractui dicitur, inde est, quod contra eos pactionem obscuram vel ambiguam exponi auctores nostri tradiderunt.

5 Quod si quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. si mihi & Titio.* 113. §. 1. *de verb. obligat.* respondeat, non quid senserit promissor, æstimari debere, sed stipulantis mentem spectandam esse. Dicam id ea ratione fieri, quia in casu illic proposito mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, à quo mens promissoris aliena sit. Denique non esse ibi orationem ambiguam, nec tam contra promissorem ex mente stipulantis, quam ex re ipsa fieri æstimationem.

6 Similiter non obstat responsum Alfeni in *l. in lege.* 29. *locat.* Nam in dubio semper prius inspiciendum quod verisimile est inter contrahentes

actum esse, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluisse. Quod si quis propius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus à locatore appositis ambiguitatem inesse: verum ea eum aut late aut stricte sumi possint, late potius ac generaliter accipienda esse Jurisconsultus ait; nempe ne superfluo adjecta pacto videatur illa clausula, *neve finito*; cum etsi ea adjecta non esset conductor sylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, si quem urentem, cædentem &c. deprehendens, non prohibuisset: ut notum est. ad hunc ferme modum & Jul. Pacius *cent. 2. quæst. 7.* Hæc autem ita observantur in conventionibus & contrahendis negotiis, cum in dubio est, quid senserint, quid egerint paciscentes aut contrahentes.

7 In judiciis vero & actionibus exercendis aliud obtinet. quippe in quibus, si quæratur, quid actum sit, orationem ambiguam pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus; ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est: ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit. *l. in contrahenda. 172. de reg. jur.* Cujus regulæ partem posteriorem Harmenopolus *ubi supra* sic interpretatur, ἡ δὲ ἀμφίβολος ἀγωγὴ τὸ πρᾶγμα τοῦ ἐνάγοντος οὐ καταβλάπτει. Id est, *ambigua vero actio rem actoris non lædit.* In eandem sententiam Ulpianus *l. si quis. 66. de judic.* si quis, inquit, *intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est.* quod à Græcis in *Basilic.* ita redditum, ἡ ἀμφίβολος ἀγωγὴ καὶ ἀφήγησις ὑπὲρ τοῦ ποιήσαντος αὐτὴν ἑρμηνεύεται. Nec mirum; cum non tantum actionem editam declarare, sed etiam emendare, & mutare quoque actori liceat. *l. 3. C. de edend.*

8 Finge igitur Stichum judicio petitum esse, cum ejusdem nominis plures servi essent apud debitorem: is petitus videbitur, de quo actor senserit. At si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum videri poterit. *l. inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. oblig.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc esse rationem scribit, quod stipulatio ex utriusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum esse; alioquin semper negaturum reum se consensisse. Nimirum cum nulla sine consensu utriusque obligatio ex contractu oriri queat. *l. 1. §. 3. hoc tit. l. in omnibus. 55. de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum est, si error aut dissensus eorum, qui contrahunt, intervenerit in rei, de qua agitur, corpore. *l. in venditionibus. 9. de contr. empt. l. continuus. 137. pr. de verb. oblig. §. si de alia. 22. Inst. de inut. stipul.* Judicium vero propter dissensum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriusque consensus non requiritur, sed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hic id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione usus est, sensisse, quod ei utilius est, non quod senserit reus: ne alias eludendi judicii reo præbeatur occasio seu, ut Græci, ἵνα μὴ τὸ δικαστήριον ἀσύστατον ἀπομείνῃ, *ne judicium incertum & confusum reddatur*, nempe tergiversatione rei. Pertinet huc locus Demosthenis orat. κατὰ Στεφάνου ψευδομαρτυριῶν α. ubi judices alloquens, jurasse eos ait, se judicaturos non de iis, quæ reus vellet, sed de iis, de quibus actio esset instituta.

tuta. hanc autem necesse esse actoris dictione declarari, τῇ τοῦ ἐνάγοντος λέξει δηλοῦσθαι.

9 Non est contrarium, quod apud Ulpianum *l. 5. §. ult. de rei vind.* ex Pomponio relatum est, si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes; nec appareat de quo actum sit, Pomponium dicere nullam fieri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor senserit. At cum id saltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos dicimus, procedit, & quod utilius est actori, qui ambigue locutus est, sequimur. Hæc paulo uberius, quam vulgo solet, exposui, ut res tota perfecte cognosceretur.

CAP. XXI.

De effectu & potestare pactorum.

1 *Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.*
2 *Naturalem obligationem ex pacto natam, nisi personæ qualitas obstet, eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, dempta sola actione.*
3 *Tale naturale debitum etiam in compensationem venire.*
4 *Confutatio argumentorum contra sentientium.*
5 *Explicatur l. 2. C. de compens.*
6 *Ad agendum & petendum efficacem non esse, nisi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei statim appositum sit, aut placito stipulatio intercesserit.*
7 *Pacto liberatorio obligationem naturalem ipso jure tolli.*
8 *Enodatio l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.*
9 *L. qui servum. 34. §. 1. de oblig. & act. explicatur.*
10 *Nuda conventione rebus integris ipso jure dissolvi & obligationes omnes nudi consensus.*
11 *Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventione contractam; nec obstare l. 17. §. 2. hoc tit.*
12 *Ceteras obligationes pacto convento non tolli ipso jure, sed ope exceptionis, aut pacti, aut subsidiariæ doli.*
13 *Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt, in continenti contractus facta, prodesse reo ipso jure.*

DE vi & effectu pactorum, qua voce simpliciter prolata passim in jure nostro nuda significantur, multa jam ante à nobis dicta sunt, & dici necesse fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

1 Eorum pactorum, quæ ad obligandum comparata sunt, hic effectus est, ut obligationem naturalem producant. *l. 5. §. 2. de solut. l. 3. l. 4. C. de usur.* Nihil enim tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare. *l. 1. pr. hoc tit.* unde Paulus *l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur.* eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

2 Atque hæc naturalis obligatio, nisi personæ obstet qualitas, eandem vim etiam jure civili habet, si unam dempseris actionem, quam naturalis & civilis simul. Ut ecce, non hujus debiti naturalis licet per errorem soluti repetitio. *l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. de cond. indeb. l. 7. de fidejuss. l. naturales. 10. de obl. & act.* Potest constitui & novari. *l. 1. §. pen. de pecun. constit. l. 1. in fin. de novat.* Potest & pignus & fidejussor huic obligationi accedere. *l. 5. l. 14. §. 1. de pign. l. naturaliter. 13. de cond. ind. §. 1. Inst. de fidejuss. l. 6. l. 7. ff. eod.* & quamvis citra vinculum stipulationis

usuræ,

usuræ fœnebris pecuniæ peti non possint, *l. 3. C. de usur.* tamen pacto promissæ servari possunt per retentionem pignoris pro sorte & usuris obligati. *l. 4. l. pignoribus. 22. C. d. tit.*

3 Postremo cum hujus debiti naturalis vel per errorem soluti, non detur repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari; quoniam compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quia & ipsa numerationem quandam brevi manu continet & pro solutione ipso jure habetur. *l. 4. C. de compens.* & secundum hoc diserte ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod natura debetur, in compensationem venire. *l. 6. ff. eod.* Nimirum compensatio species quædam est defensionis & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis: totoque judicio errant, qui compensationem referunt ad merum jus civilis, cum ea potius mera nitatur æquitate: unde æquitas compensationis *l. in rem. 18. ff. l. 5. l. 6. C. d. tit.* Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo, quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis à statu rei alienis, & valde inscite argumentantur. Etenim naturale debitum hic accipiendum non quodvis, quod natura debetur, non quod in totum aut pene in totum destituitur auxilio juris civilis, quale est prodigi promittentis, mulieris intercedentis, filii fam. mutuam pecuniam accipientis; pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solenni, &c. cujusmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt; sed tale, quod ex conventione descendens eosdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, dempta una actione; & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est: quale scilicet debitum seu naturalem obligationem veteres passim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obstringi. *l. naturaliter. 12. l. si pœna. 19. l. frater à fratre. 38. l. quod pupillus. 41. l. si quod. 64. ff. de cond. indeb. l. naturales. 10. l. pupillus. 59. ff. de obl. & act. l. 1. ff. de solut.* cum similib. Finge igitur usuras fœnebris pecuniæ pacto promissas, hæ etsi exigi non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter debentur. *l. 3. C. de usur.* ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratrem fratri *ὁμωνυμεῖν*, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter duntaxat. *d. l. 38. de cond. indeb.* si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter sibi obligaverit, & debitum petat; recte pater aut frater compensabunt pecuniam à se creditam propter obligationem naturalem. *d. l. 6. ff. de compens.* Similia exempla peti possunt ex. *l. 6. §. sicut autem. 4. ff. de pec. leg. l. naturaliter. 13. ff. de cond. jud. l. servus. 14. ff. de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondit, in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt. *l. quæcunque. 14. ff. de compens.* nam quæ (malum) hæc argumentatio est, Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit; ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet, Quod per exceptionem

perimi

perimi potest, ejus per errorem solvi est repetitio. *l. si non sortem.* 26. §. 3. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his.* 54. *ff. de cond. indeb.* ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum à vero indebito, eoque quod vi ipsa nullo jure debetur. *l.* 3. §. 1. *ff. de const. pec. l. Marcellus.* 66. *l. nihil.* 112. *ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium astringimur. *l. cum amplius.* §. 1. *ff. eod.* licet jure civili exigi nequeat? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui, *d. l.* 3. §. 1. *de const. pecun.* ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l.* 1. §. *debitum.* 7. *ff. d. tit.* & argumentabor à remotione iniqui ad remotionem æqui. Topicorum compilatores objurgatione digni, quod tam bellum argumentum omiserunt in locis suis. Ad hæc naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed defectu actionis non petitur: longeque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam juris defectu, quam actionis, quale est, quod natura debetur: aliud, quod peti quidem summo jure potest, sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur & sine exceptione, licet jure civili exigi non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est. *dd. ll.* Quod vero ajunt etiam naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi, oppido quam indoctum est. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione; veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde à debitore probanda sit. *l.* 1. *C. de probat.* prope abest à natura exceptionis. Nemini autem interpretum vel per somnium unquam in mentem venit ut putaverit idem locum habere posse etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit: & quo casu debitor de facto conventus, nihil sit affirmaturus, nihil in judicium deducturus nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usurus inficiatione, id est, negaturus ullam actori proditam esse actionem de eo, quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & apud litigatores confessum est. Verus debitor, inquiunt, etiamsi sententia judicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei judicatæ exceptione solverit, non repetit; utrumque verum est *l. Julianus.* 60. *ff. de cond. ind.* addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet compensat. quod quid sit, non capio. Quid enim hoc monstri est, debitor quod naturaliter tantum debet, non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor secum pensat? aut an is, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit; sed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo, quod ipse civiliter petitori debet: & sic naturalis debitor patitur compensationem. Nihil præsidii habent in *l.* 2. *C. de compens.* Illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperite illi, sed de condemnato, qui & judicatum fecerat;

negatur-

negaturque hinc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa judicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cujus soluti nulla est repetitio, ut ibidem significatur. Et hactenus verum est, quod ajunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: Nullum enim verum debitum, quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa judicati, quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa à creditore conventus compensatione uti potest: cæterum si ante solutionem judicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debitæ implorare non prohibetur *d. l. 2. C. de compens.* Quod si hæc eorum sententia est, cujus debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti nec esse compensationem, jam nullum verum debitum compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti, repetitio est. Ejusdem fere commatis sunt & cætera, quæ proferunt. Sed de tota hac quæstione alibi, volente Deo, *ἀφθονώτερον*. neque enim hujus lôci est propria. nec ipse deprecor reprehensionem, si justo prolixior hic fui.

3 Illud nunc repeto, talem ex pacto obligationem jure civili non nasci, quæ ad agendum & petendum sit efficax, nisi specialiter lege senatusve consulto, aut à prætore confirmatum sit. *l. 6. l. 17. §. 2. hoc tit.* aut contractui bonæ fidei in continenti appositum, eo quod hujusmodi pacta pars sunt & lacinia atque lex ipsius contractus, sine quibus contractus initus non fuisset, *l. 7. §. quinimo. 5. eod. l. in bona. 13. C. eod. l. 1. §. si convenit. 6. depos. l. contractus. 23. de reg. jur. l. 5. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Imo tantum abest, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiamsi certis annis quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in posterum actio competat, nisi placitis stipulatio intercesserit, ut est rescriptum ab Impp. *l. si certis. 28. C. hoc. tit.* Plane enim si placiti servandi causa stipulatio interposita fuerit, dubium non est, quin ex stipulatione agi possit. *l. si pacto. 14. l. petens. 27. C. eod.* Quod si ad pactum accesserit & alia causa, puta si præterea ab uno quid datum aut factum sit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum sibi ita obstrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: sed jam illa conventio non amplius nuda censetur. *l. 7. §. 2. l. divisionis. 45. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. debitori. 7. & seq. l. legem. 10. l. cum proponas. 21. C. eod.* Neque enim nudum pactum est, quoties certa lege aliquid datum aut factum esse probatur. *l. 8. in fin. l. solent. 15. de præscript. verb.* Sed de his satis dictum est supra *capp. 5. 6. & 7.* ubi item notatum est, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo serio, quam jure Romanorum ex stipulatione, actionem datam fuisse; quod & jure Canonico diserte cautum sit. *c. 1. & 3. ext. hoc tit.* & disciplina horum temporum sequatur.

4 Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipso jure tollit. *l. Stichum. §. naturalis. 4. de solut.* Estque hoc consentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur.* atque obtinet etiam quamvis non ex conventione, sed alia ex causa obligatio naturalis. pro[...]

est:

est; quoniam vinculum æquitatis, quo solo sustinetur, conventionis æquitate dissolvitur, ut disputat Papinianus *d. l. Stichum* §. 4. *de solut.*

5 Non adversatur huic sententiæ, quod Paulus *l. si unus*. 27. §. 1. *hoc tit.* respondet, prius pactum non elidi per posterius ipso jure, sed opus esse replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio jure prætorio quæsita erat, per posterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Quod obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, ei consequens videri poterat, etiam pacti hanc esse vim, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Cæterum hoc minime sequitur: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus*. 27. §. 2. *hoc tit.* cum ait in pactis factum versari. Ait prius pactum per posterius ope replicationis elidi, non ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; addita hac ratione, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Id est ut ego interpretor, quia stipulationes ipso jure vim suam exercent, eo quod his inest auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent, & sine jure ex solo conventu servantur. Itaque quatenus pactum prius tuitione prætoris juvatur, hactenus quoque auctoritas prætoris requiritur, ad elidendam exceptionem jure honorario firmam. Hinc est, quod quidem etiam pacta nobis prosint ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio, cum in facto rei posita sit, recte dicitur in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio est. In stipulationibus autem jus continetur, id est, per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam, eamque secutam acceptilationem hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut ex stipulationis exceptione & objectione.

6 Atque huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum*. 31. §. 1. *de obl. & act.* scribit, eum qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare, se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non deberet eum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, quod non teneatur, hoc vero, inquit facere est tutius: quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit ipso jure *add. Cujac. Bas. & Ant. Fab. ad d. l. si unus*. 27. §. 2. *hoc tit. Donell. ad l.* 5. *C. eod. Borchols. de pact. c. ult. n.* 58. *& seqq. Bachov. ad hunc tit. c. de effect. pact. lib.*

7 Præ-

7 Præterea ipso jure nuda conventione tolluntur obligationes omnes, quæ nudo consensu contractæ, dummodo rebus integris a contractu abeatur. *l. 7. §. adeo. 6. l. ab emptione. 58. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. discedere.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt. *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de solut.* Nam etsi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista mero & nudo consensu constat, totaque est ex jure gentium, nihil habens à jure civili præter generalem quandam approbationem, quod extrinsecum quid est, & accidentarium, ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla superesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

8 Et secundum hæc recte defenditur, etiam obligationem pignoris, quæ jure prætorio nuda conventione constituitur. *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi: licet obstare videatur, quod à Paulo traditur *l. si tibi. 17. §. 2. hoc tit.* de pignore ex pacto jure honorario actionem nasci: tolli autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam. Nam bene à Negusantio *tract. de pign. part. 6. memb. 3. n. 3.* & à Bachovio *lib. 5. de pign. c. 6.* observatum est, loqui Jurisconsultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris.

9 Cæteræ obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipso jure, sed ope exceptionis tolluntur, ut passim *hoc tit.* & alibi. inter quæ quid intersit, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, sicut & cum aliis exceptionibus: dolo enim malo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. *l. 2. §. item quæritur. 4. & §. seq. de dol. mal. except.* sed & quotiescunque pacti exceptio dari non potest, forte quia personæ, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quæri non potuit, aut persona ejus pacto comprehensa non est, toties ad exceptionem doli subsidiariam confugimus.

10 Quæ pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea si in continenti facta sint, non tantum contractibus bonæ fidei, verum etiam stipulationi insunt, ipsoque jure reo prosunt ad liberationem. *l. lecta. 49. de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum paci permisit: quam ob causam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur. *l. si tibi. 17. §. 1. junct. l. 6. l. 7. §. si paciscar. 14. hoc tit.* Nihil autem horum est, quin propriis quoque locis ante explicatum sit, & quidem copiosius.

ARNOLDI VINNII JC.
DE
TRANSACTIONIBUS
TRACTATUS.

CAP. I.

1. De usu verbi transigere. quid sit transactio, & quid differat à pacto.

1 *Verbi transigere cum propria, tum tropica significatio.*
2 *Ejusdem verbi usus specialis præsertim in argumento proposito. tū qua in re differat transactio à sententia, & jurejurando.*
3 *Vera & exacta transactionis definitio.*
4 *Decidere pro transigere passim.*
5 *Vulgaris definitio transactionis minus accurata.*
6 *Inter pacisci & transigere quid intersit.*
7 *Quomodo interpungenda l. 1. ff. h. t.*
8 *Res dubia quæ hic dicatur, obiter.*

VErbum *transigere*, si originem & compositionem spectamus, idem significat, quod ultra agere sive transadigere. Tacitus *annal.* 14. *Gladio se ipsum transegit.* quod Virgilius 9. *Æneid: Sed viribus ensis adactus Transadigit costas.* Statius 5. *Thebaid. Quatuor hos una, decus & solatia patris, Transadigam ferro.* Atque hinc translatum ad alia significatione generali; ut idem sit transigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero pro Quintio, *Quarò qua ratione Navius susceptum negotium non transegerit?* Item pro Rosc. Comœd. *per nuntium hoc, quod erat tam leve, transigere potuisti.* Terentius *in Andr. Facta, transacta omnia.* & passim in Comœdiis, *intus transigetur.* Sic dicimus vitam transigere pro traducere, peragere, διάγειν. Tacitus *in vit. Agricolæ*; *In hujus sinu indulgentiaque educatus per omnem honestarum artium cultum pueritiam adolescentiamque transegit.* Sallustius *proœm. bell. Catil. Sed multi mortales dediti ventri atque somno, indocti incultique vitam sicuti peregrinantes transegere.* Et initio ejusdem proœmii; *ne vitam silentio transigant, veluti pecora.* quanquam non ignoro in vulgatis fere legi *transeant.* Atque in generali hoc significatu, sive pro qualicunque terminatione & finitione negotii, etiam à nostris sæpe usurpatur, ut videre est in *l. ordine. 15. ad municip. l. 5. de decur. l. arbitrio. 18. §. dolo. 4. ff. de dolo mal. l. 1. §. ult. ad SC. Tertull. l. 1. §. 3. ff. de pact.* In *l. transacta. 229. & seq. de verb. sign.* Paulus ait, transacta intelligi, quæ quoquo modo ad finem perducta sunt, vel tempore, vel judicis sententia, vel alio quovis modo. Apud Ulpianum *l. quid ergo. 13. Si pœna 7. de his qui not. infam.* sententia transactum dicitur de existimatione. Apud Gajum *l. admonendi. 31. in fin. ff. de jurejur.* negotium jurejurando transactum, quomodo & Seneca præfat. *lib. 7. declam. Placet tibi rem jurejurando transigi.*

2 Cæterum passim in usu juris & præsertim in argumento proposito specialiter hoc verbum usurpatur, & pro ea duntaxat conventione accipitur, qua rem dubiam litemque incertam ita finimus atque expedimus, ut pro eo aliquid vicissim accipiamus: neque aliud in proposito est transigere, quam rem dubiam litemve incertam consensu terminare, dato aliquo, seu promisso, aut retento. *l. 1. ff. hoc tit. l. 2. l. transactio.* 38. *C. eod. c. super eo. x. eod.* Itaque proprie quoque loquitur Cicero, pro Cluent. cum ait, *Manlius rem cum Oppianico transigit, pecuniam ab eo accipit, &c.* Ajo, *consensu terminare.* quibus verbis transactio distinguitur à sententia & decisione judiciali: nam judicium redditur in invitum. *l. inter.* 83. §. 1. *ff. de verb. obl.* hinc consensu terminata pro transactis. *l. interpositas.* 13. *C. hoc tit. cum simil. lib.* Additur, *dato aliquo, aut retento.* ut hinc removeatur jusjurandum, quod & ipsum ex conventione proficiscitur. *l. qui jurasse.* 26. §. *ult. ff. de jurejur.* & propter communem cum transactione effectum speciem transactionis continere dicitur. *l. 2. eod. tit.* transactio tamen proprie non est; quia in jurejurando non intervenit mutua compensatio, quæ in transactione desideratur: sed nullo dato vel retento aut promisso procedit. Sed & ei, cui jusjurandum delatum est, necessitas imponitur, ut aut juret, aut jusjurandum referat. *l. manifesta.* 38. *d. tit.*

3 Transactio igitur, ut tribus verbis dicam, est non gratuita rei dubiæ decisio facta conventione partium. atque ad hunc eundem modum etiam Wesenbecius transactionem definit *parat. hoc tit. n.* 2. quanquam illa definitio imprudenti & tantum non aliud agenti excidisse videtur: Nam toties illic vacillat Wesenbecius, ut Andabatarum more clausis oculis in eum locum irruisse videatur. quod & Bachovius notavit. Hinc jam intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem temitrit, ut neque is totum quod petit, aufetat; neque rursus totum amittat: sed de summa, quæ petitur deciditur aliquid, & quasi decerpitur, quod detur actori, ut quod superest, apud reum relinquatur.

4 Atque hinc factum est, ut Latinis, præsertim autem juris nostri auctoribus, verbum *decidere* usurpatum sit pro transigere. Cicero pro Quintio, *Assem sese negat daturum nisi prius de rebus rationibusque societatis omnibus decidisset; & scisset sibi cum eo controversia nihil futurum.* Idem pro Rosc. Amerino? *Si hanc ei rem privatim Sext. Roscius mandavisset, ut cum Chrysogono transigeret atque decideret* Eodemque sensu hoc verbo utuntur nostri in *l. cum in eo.* 44. *ff. de pact. l. mand. to.* 60. *ff. de procur. l. 7. pr. ff. de cond. furt. l. 4. §. 1. ff. ad leg. Falc. l. ejus rei* 46. *ff. de rei vind.* ex quo est litis decisio pro transactione. *l. 7. l. sub prætextu.* 19. *l. siquidem.* 24. *C. h. t.* decisio furti. *l. post decisionem.* 13. *C. de furt.*

5 Vulgo loco generis pactum seu pactio ponitur: sed non satis subtiliter mea quidem opinione. Etenim pactiones & contractus non sunt genera transactionis, sed modi transigendi: nam interdum nuda duntaxat pactio intervenit; aliquando stipulatio *l. 2. l. pacto* 15. *ff. l. sub prætextu.* 19. *l. sive apud.* 28. *C. hoc tit. l. cum proponas.* 21. *C. de pact.* quandoque datio aut retentio. *l. transactio* 38. *C. hoc tit.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione, si proprie loqui

qui volumus: nec duplex esse potest genus unius & ejusdem rei. Qui in re tam plana aliud sectantur, næ illi nodum in scripto quærunt.

6 Inter paciſci & transigere hoc interesse scribit J.C. in *l. 1. ff. hoc tit.* quod qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam & indubitatam ex liberalitate remittit. Discrimen in duobus politum. 1. Transactio semper est de re dubia & incerta: nam quod in *l. 32. C. hoc tit.* dicitur, de *certa re* pactum transactionis interpositum, id non de re indubitata, sed de una aliqua, re aut lite, intelligendum est, ut ex ipso contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa seu indubitata fit, sed non semper: nam interdum etiam de re controversa & litigiosa pacisci dicimur. *l. 7. §. si paciscar. 13. cum seq. ff. de pact. l. transigere. 18. C. h. tit. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & seq. ff. de his qui not. infam.* Itaque hic character non est perpetuus, sed ἐκ τοῦ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον. 2. Pactum in specie acceptum ut ἀντίθετον transactionis, semper est gratuitum: at transactio in specie sic dicta semper fit alioquo dato retentove aut promisso, nunquam gratis. *l. transactio. 38. C. h. tit.* & hic character est perpetuus. Unde pactum donationis causa & transactio opponuntur. *l. 3. C. de repud. vel. abstin. hered. l. 6. C. de solut.* sicut aliis locis transactioni opponitur donatio. *l. cum donationis. 34. C. h. tit. l. ex conducto. 15. §. 4. ff. locat.* Quod si alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo vel retento aut promisso, ibi pactio sive pactum latiore significatione ponitur pro transactione, ut in *l. contra juris. 28. in fin. ff. de pact. l. 1. C. eod. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & 4. ff. de his qui not. infam. l. 4. ff. de jur. fisc.* non quod proprie pactum se habeat ad transactionem, ut genus ad speciem, si subtilius loqui volumus: sed quia transactio etiam pactione fit: unde alibi rectius appellatur pactum transactionis causa factum & placitum transactionis. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa. 31. l. si profundo 33. C. h. tit.* sicut & pacto dicitur transigi. *l. 2. l. pacto 15. ff. l. de fideicommisso. 11. l. interpositas. 13. C. eod. l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff. testam.*

Duarenus & Donellus textum *d. l. 1. ff. h. tit.* sic interpungunt; *Qui transigit, quasi de re dubia, & lite incerta, neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* commate posito post *donationis causa.* idque post Cisnerum etiam probat Borcholt. *c. 1. ad hunc tit. n. 28.* Sed hæc interpunctio tantum abest, ut necessaria sit, sicut ea, quæ diximus, aperte demonstrant, ut etiam mihi videatur inconcinuam efficere, & tantum non ineptam JC. sententiam *qui paciscitur donationis causa, rem ex liberalitate remittit.* quasi vel anus de eo dubitare possit. Sane Græcorum interpretatio istam διαστολὴν ferre non potest, qui sic lib. 11. *Βασιλ. τιτ.* περὶ διαλύσεως, Ulpiani verba reddunt; ὁ διαλυόμενος ὡσανεὶ περὶ πράγματος ἀμφιβόλου καὶ δίκης ἀδήλου καὶ ἀπληρώτου διαλύεται. ὁ δὲ συμφωνῶν κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον καὶ ἀναμφίβολον φιλοτίμως συγχωρεῖ neque enim verba κατὰ δωρεὰν recte referas ad præcedens συμφωνῶν. Et iterum apertius; οἶδας τὴν κυριότητα τοῦ συμφώνου καὶ διαλύσεως, ὅτι σύμφωνον μέν ἐστιν ὁμολογουμένου χρέους συγχώρησις· διάλυσις δὲ ἀμφιβαλλομένου χρέους συμβιβασμός. atque ad eundem modum Attiliata in

Synopsi tit. 6. & Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 13. §. 14. qui sua illinc transtulerunt.

8 Illud notandum est, in causa transactionis rem dubiam dici non solum eam, de qua lis jam mota est; sed etiam eam, de qua moveri potest, aut lis metuitur. *l.* 2. *C. hoc tit.* imo amplius etsi neque lis sit, neque lis metuatur, dummodo alia ratione res sit dubia, ut in specie *l.* 1. *C. de pact. l. de fideicommisso.* 11. *C. hoc tit. l.* 8. §. *si in annos.* 23. *ff. eod.* sed hæc accuratius infra sub *cap.* 4. *de materia transactionis.*

Cap. II.

Quibus modis fiat transactio.

1 Transactio vel fit nuda conventione, veluti si quis paciscatur, ut certum aliquid accipiat & a lite recedat. *l.* 2. *l. pacto.* 15. *ff. h. tit. l. si instituta. ff. de inoff. test. l. sive apud.* 28. *C. hoc tit. cum similib.* & tale pactum etsi ipso quidem jure actionem non tollat, sed ea nihilominus integra adhuc actor maneat: exceptionem tamen reo parit ad summovendum actorem, si contra placita litem persequi velit. *l. sub. prætextu.* 19. *d. l. sive apud C. eod. l. cum proponas* 21. *C. de pact.* Cæterum ita reus ex placito transactionis utilem exceptionem habet, si paratus sit implere, quæ ipse contra promisit; alioqui replicabitur de dolo. *d. l. sub prætextu. d. l. cum proponas. l. ult. C. si advers. transact.* Quod si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenit, ut certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam; neque ego tibi quidquam dedi, ut mihi dares, neque tu mihi, neque porro huic placito stipulatio subjecta est: nulla ex hoc pacto, utpote nudo & meri placiti fine stante, actio nascitur. *l. divisionis.* 45. *ff. de pact. d. l. cum proponas. C. eod.* & ideo placiti servandi causa stipulatio subjici solet. *l. pacto.* 15. *ff. l. si. pro fundo.* 33. *C. hoc tit. l. cum proponas.* 21. *l. petens.* 27. *C. de pact. l.* 5. *C. de contr. stip.* Quidam putant in *d. l. cum proponas.* conventionē transactionis causa interpositam ideo ad producendam obligationem & actionem efficacem non esse, quia serio & deliberato animo non intercesserat; quam ob causam Impp. quod gestum erat, placitum vocent, at non duorum plurium in idem placitū consensum: quasi vero plurium conventio transactionis gratia interposita non sit plurium in idem placitum, aut plurium in idem placitum consensus. Nec vero, ut illi contendunt, scripturæ illic mentio sit, quia ex ea constet transactionē factam certo ac præmeditato consilio, sed factam esse omnino: ea autem non interveniente alia probatione sit opus, ut ex ipso textu satis apparet. Et quid quæso refert ad vim obligationis scriptura de negotio aliquo intervenerit, nec ne, dummodo id, quod actum est, probari possit? *l. cum res.* 12. *C. de probat. l. pactum.* 17. *C. de pact. l.* 5. *C. hoc tit.* Sed hæc inter pactum & stipulationem differentia jure Canonum sublata est *c.* 1. & 3. *x. de pact.* utique secundum communem canonistarum sententiam. Sane moribus hodiernis eadem seriæ cujusque pactionis, quantumvis nudæ, vis est, quæ stipulationis: nec pactum

pactum minus, quam stipulatio ad actionem prodest: & hoc simplicitati juris naturæ ac gentium omnino convenit. *l. cum amplius* 84. §. 1. *de reg. jur.* de quo fusius dissero *tract. de pact. C.* 7.

2 Vel fit per contractum innominatum do ut des, vel facias: veluti, *do tibi prædium. ut a lite discedas. l. si pro fundo.* 33. *C. h. tit. remitto actionem, ut mihi partem bonorum des. l.* 6. *C. eod.* Denique quoties simili lege quid datur aut fit ab uno: quo casu ei, qui dedit, aut fecit, in id quod interest, præscriptis verbis actio competit *dd. ll.* nam quoties quid certa lege vel datum vel factum est. quod in utraque specie *dd. ll.* supponendum esse, ratio decisionis satis arguit, pacti natura exeditur, & contractus evadit innominatus, unde civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis exoritur. *l. juris gentium.* 7. §. 2. *ff. de pact. l. si dominus.* 8. *in fin. l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb. l.* 6. *C. de jur. dot.* & huc transferri possunt, quæ nos *tract. de pact. c.* 6. *n.* 5. & 6.

3 Vel fit per stipulationem Aquilianam. & acceptilationem. *l.* 2. *l. pacto.* 15. *ff. hoc tit.* (nam acceptilatio subsequatur necesse est. *l.* 4. *l. ut responsum.* 15. *l. si causa.* 32. *C. eod.* idque addendum *d. l.* 2. & *l.* 15. *ff. eod.*) & tunc actio ipso jure sublata est, ut omnino amplius moveri non possit. *d. l.* 4. *d. l. ut responsum. l. sub prætextu.* 19. *C. eod. l. ult. C. si advers. transact.* Declaremus rem exemplo: L. Titius cum P. Mævio judicio agens centum ab eo petit. Mævius se debere negat. Cum res esset dubia, convenit inter eos; ut Titius acciperet quinquaginta, & à lite discederet. Titius acceptis licet quinquaginta, potest nihilominus altera quinquaginta judicio petere; quoniam pacto transactionis actio ipso jure sublata non est: quamvis id pactum reo pariat exceptionem. Ut autem ipso jure perimatur obligatio, in reliqua quinquaginta actor prius ita stipulabitur, *Quod ultra illa quinquaginta mihi debes*, daturum *te mihi spondes?* & reus respondebit, *Spondeo*; ac mox interrogabit actorem, *habeatne acceptum id quod ita novandi animo stipulatus est*, & actor acceptum ferat.

4 Vel fit per stipulationem simplicem, veluti, *Dabis mihi centum, ut à lite discedam?* & tunc actio ex stipulatu datur. *l. cum mota.* 6. *l. si pro fundo.* 33. *C. hoc tit.*

5 Vel denique pactioni aut stipulationi antecedenti subjungitur etiam pœnalis stipulatio; veluti, *dabo tibi centum, ut à lite discedas. Spondesne ergo te à lite discessurum? & si non discedas, pœna nomine ducenta dare spondes? l. pacto.* 15. *ff. l. promissis.* 37. *l. si quis.* 41. *C. eod.* & hoc consultius esse scribit Paulus in *d. l. pacto. ff. eod.* nimirum ad evitandam difficultatem probandi id quod interest paciscentis aut stipulantis, si promissis non stetur. §. *ult. Inst. de verb. oblig.* hoc autem casu si actor acceptis centum, ut à lite discederet non desistat, sed litem adhuc moveat, liberum erit reo alterutrum facere, nempe vel exceptione pacti se tueri adversus agere volentem, vel pœnam in stipulationem deductam petere: non autem simul & exceptione transactionis uti potest, & petere ducenta pœnæ nomine, nisi expressim convenerit, ut rato manente transactionis placito etiam pœnam petere liceat. *l. pen. ff. hoc tit.* nam tunc ex voluntate transigentium

gentium utrumque recte petitur. At ubi nominatim id non convenit, non est æquum, ut simul & ex pacto & ex stipulatione pœnali commodum ferat, sed alterutro contentus esse debet. *l. rescriptum.* 10. §. 1. *ff. de pact. l. si pacto.* 14. *C. eod. l. si pater.* 12. §. 2. *ff. de pact. dot. l.* 4. §. *labeo.* 7. *de except. dol. mal. fac. l. si quis.* 129. *de verb. obligat.* Atque hinc explicandum & temperandum responsum Scævolæ in *l. qui Romæ.* 122. §. *ult. d. tit.* ut recte ibidem Cujac. Duar. Donell. idem Cujac. in *l. rescriptum* §. 1. post Gloss. Bart. &c. *de pact.*

6 Plane si jurata sit pactio vel transactio, & contra eam factum, placet eum cujus interest, odio perjurii utrumque consequi posse, & præterea qui fidem rupit, notatur infamia. *l. si quis major.* 41. *C. hoc tit.* & *ibi DD.* quæ nova est Arcadii & Honorii constitutio perjurium arbitratu suo punientium. sed nostris & Gallorum moribus pœnæ hujus constitutionis non observantur, testib. *Zyp. not. jur. Belg. de pœn. vers. pœn. Autumn. ad d. leg.* 41. *Groeneweg. ibid.* & aliis illic allegatis.

7 Casus nonnihil diversus est, qui proponitur in *l. cum proponas.* 17. *C. hoc tit.* Nam quod ibi reus. qui dedit, ut actor à lite discederet, actore litem instaurante, repetere potest, quod dedit, id non fit vi stipulationis pœnalis, sed quia causa ob quam datum erat, secuta non est, unde danti condictio ob causam dati re non secuta, quam habet etiam sine stipulatione pœnali. *tit. ff. de cond. ca. dat.* & *C. de cond. ob ca. dat.* utique enim si nolit exceptione transactionis uti, neque in factum præscriptis verbis agere. poterit repetere quod dedit. *l.* 5. §. 1. & 2. *ff. de præscr. verb.* Quod si reus stipulatus sit, ut actore fidem non servante, possit & exceptione transactionis uti, & simul data repetere, hæc est illa stipulatio pœnalis, de qua in *d. l. cum proponas. C. h. tit.* cujus vis in eo posita, ut utroque auxilio reus, si velit, fruatur. vid. *Hottom. in d. l. cum proponas.* & *quæst. illustr.* 20.

8 Porro aut pure fieri transactio potest, aut sub conditione. *l. si super.* 9. *C. hoc tit.* & tam verbis generalibus, quam specialibus: neque enim necesse est eum, qui transigit, negotia omnia aut lites recitare. *l. sub prætextu.* 29. *l. si de certa.* 31. *C. eod.* nec refert interdiu, an noctu fiat. *l. non minorem.* 20. *C. eod.* in judicio, an extra judicium. *l. sive apud* 28. *C. eod.* scriptura interveniente, nec ne, sive ut bellè Græci, ἐγγράφως ἢ ἀγράφως. *l.* 5. *d. l.* 28. *C. eod.* Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 10. §. 2. Etenim scripturæ fieri solent, ut quod actum est, facilius probari possit: cæterum & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem *l.* 4. *ff. de pignorib. l.* 4. *ff. de fid. instrum.* Quod si per simulationem aliquid a transigentibus expressum est, quod in scriptura contineatur, id quod inter eos actum est magis, quam quod scriptum est, inspiciendum erit. *l. cum ea.* 21. *C. hoc tit. l. si ex pretio.* 6. *C. si cert. pet. tot. tit. C. plus val. quod agit. quam quod simul. conc.* In transactione de alimentis forma & solennitas oratione D. Marci præscripta, observanda est, quæ extat in *l. cum hi.* 8. *ff. hoc tit.*

CAP.

CAP. III.

Qui transigere possunt.

TRansactio est ex genere prohibitorum: quamobrem sic recte definiemus, posse omnes transigere, qui natura aut jure non prohibentur. *arg. l. mutuo.* 43. §. 1. *ff. de procur. l. nec non.* 28. §. 2. *ff. ex quib. ca. maj.* & quoniam transactio, est ex conventione, & consensu, hinc intelligimus eos, qui nullum intellectum aut animi judicium habent, transigere non posse, quales sunt furiosi, mente capti, infantes. *l. in negotiis.* 5. *de reg. jur. l.* 1. §. *furiosus.* 12. *ff. de oblig. & act.* §. *pupillus.* 9. *Inst. de inutil. stipul.* Nemo autem ob morbum corporis transigere prohibetur, dummodo mente sanus sit. *l. sanum.* 27. *C. h. tit* fieri enim potest, ut morbus usque ad animum quoque penetret, mentemque sic afficiat invaletudo corporis, ut ipsa sibi constet. *l.* 1. §. 9. *l.* 4. *ff. de adil. edict.*

2 Sed neque pupillum infante majorem aut pubertati jam proximum transigere sine tutoris auctoritate posse existimo. Nam etsi ejus ætatis pupilli recte paciscantur, ne quod debent, à se petatur, & tale pactum jure valeat. *l. contra.* 28. *pr. ff. de pact.* tamen nec promittendo se obligare, nec remittendo alios liberare possunt: sine quibus tamen transactio nulla est. *l. transactio.* 38. *C. hoc tit.* Nec obstat, quod hujusmodi transactio, quatenus pupillis prodest, favore ætatis sustinetur: nam & ætatis favore sustinetur sententia pro minore lata in specie *l. non eo minus.* 14. *C. de procur.* quamvis revera & inspecta ratione juris nulla sit. Sic etsi nulla venditio est earum rerum, quæ commercio exemptæ sunt. *l.* 6. *l. si in emptione.* 34. §. 1. *ff. de contr. empt.* tamen si quid eorum deceptus à venditore emero, placet hactenus emptionem subsistere, ut actione ex empto consequar, quod mea interest deceptum non esse, §. *ult. Inst. de empt. & vend.* & ita capę *l.* 4. *ff. d. tit.*

3 Plus dicimus, ne puberes quidem curatorem habentes sine consensu ejus recte transigere; quoniam transactio in plerisque instar alienationis est: certi vero atque explorati juris est, minores non posse absque curatorum consensu res suas alienare. Utique litem remittere, aut dare aliquid, ut à lite discedatur, speciem continet alienationis, & ad jus administrandi pertinet, quod minoribus curatorem habentibus denegatum esse constat. Itaque hoc solum hic quærendum relinqui videtur, an non saltem minoris transactio sine curatore facta, non dato aliquo aut remisso, sed promisso tantum, ipso jure valeat. atque ex hac promissione sua civiliter minor obligetur? Sed ne hoc quidem admittendum censeo: neque enim magis in minore id admittere possis, quam in eo, cui à prætore curatore dato bonis interdictum est; quippe cujus & minoris curatorem habentis parem in contrahendo conditionem faciunt Impp. in *l.* 3. *C. de int. rest. min.* sicut autem certum est prodigus promittendo se obligare non posse. *l. is cui.* 6. *ff. de verb. obl. & ibi Gloss. & DD.* ita non minus pro certo habendum, transactionem qualemcunque à prodigo interpositam nullius esse momenti. atque ea communis est usque recepta sententia, prolixius à nobis defensa. *tract. de pact. c.* 13. *n.* 13. *& seqq.* Minores vero sine curatore constituti

transigere quidem possunt, valetque ipso jure talis transactio: sed si intra tempora legitima se læsos esse probaverint, causa cognita in integrum restituuntur. *d. l.3. C. de in int. rest. min. & tit. C. si advers. transact.* Quare quod legitima ætas in transactione requiritur. *l. si major.22. l. si majores.25. C. hoc tit.* id eo pertinere sciendum est, ne forte ob ætatem postea rescindatur transactio, sed ut rata maneat eamque sequatur plenissima securitas. Quamobrem in universum sic definire licebit, neminem jure & efficaciter transigere posse, nisi qui liberam habeat rerum suarum administrationem.

4 Cæterum sunt etiam, qui alieno nomine recte transigunt. & quidem quin is transigere possit, cui specialiter mandatum est, ut transigat, nemo, ut puto, dubitat. De procuratore quoque in rem suam constituto sive cui cessa aut mandata est actio, dubitandum non est, quin transigere ac decidere eum adversario possit, cum possit & jusjurandum deferre. *l. jusjurandum.17. in fin. ff. de jurejur.* adeoque domini loco habeatur. *l. sed si.13. §.1. ff. de pact. l. procuratori.55. ff. de procur.* ut magis in propria causa, quam aliena transigere videatur. *l. qui stipendia.19. C. de procur.*

5 Sed procurator ad agendum vel defendendum datus transigere non potest, nisi litis quoque decisio specialiter ei mandata fuerit. *l. transactionis. 7. C. hoc tit. c. qui ad agendum.x. de procur. in 6.* fines enim mandati diligenter custodiendi sunt. *l.5. ff. mand.* at qui transigit, litem non movet, sed finit. unde nec mandato generali contineri transactionem decidendi causa interpositam responsum est. *l. mandato.60. ff. de procur.* hoc est, ut ego interpretor, atque ex ipso textu elicere videor, ne is quidem, qui simpliciter aut generaliter procurator ab aliquo constitutus est, etiam transigendi licentiam accepisse intelligitur, sed litium duntaxat exercendarum potestatem, ut proinde irrita sit & hujus procuratoris transactio citra speciale mandatum, aut ratihabitionem mandantis. quæ etiam Eguin. Baronis in *d. l. mandato.* & Franc. Duareni *c.2. ad h. tit.* sententia est. His porro & illud consequens, nec actores defensoresve civitatis, municipii, aut corporis alicujus transigendi potestatem habere, extra quam si speciale ad hoc mandatum habeant: & argumento est, quod nec aliter jusjurandum deferre queant. *l. jusjurandum.34. §.1. ff. de jurejur.*

6 At vero procurator, cui generaliter libera bonorum omnium administratio commissa est, transigere, aliaque omnia facere & audacter administrare potest, quæ dominus ipse faceret, si præsens adesset. *l. procurator.58. ff. de procur. l. nam & nocere.12. ff. de pact. l. jusjurandum.17. §. ult. ff. de jurejur.* nec interesse putamus, utrum simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera*: nam & illi libera, & neutri amplius, quam administratio permissa est: quodque uni licet, alteri quoque licere ex collatione *d. l. procurator. & d. l. nam & nocere.* multarumque aliarum, quas congessimus in *comment. ad §. nihil autem.42. Inst. de rer. div.* manifeste apparet. *add. Duar. ad l.1. §. per procuratorem.20. ff. de acq. poss. Don.4. comment.13. Vaud.1. quæst.47.* ubi tritam illam distinctionem inter procuratorem omnium bonorum simplicem

plicem & cum libera, ut commenticiam merito improbant. Neque tamen cum dicimus eum, cui rerum omnium libera administratio permissa est, transigere posse, hoc sic accipi volumus, ut possit etiamsi paratas habeat probationes, quibus id, quod intendit, aperte queat ostendere: sed ut possit, quando probationes ei deficiunt, & in causa domini plane dubia atque incerta. In levi autem dubio, aut re, licet non usque certa, modico forte accepto à lite discedere non debet. & multo minus gratis remittere, quod domino deberi probe & plene docere potest: hoc enim non tam administrare est, quam profundere & dissipare. *l. 7. ff. de donat.* & huc fac. arg. ex *l. contra juris. 28. in fin. de pact. l. pactum. 22. C. eod. l. præses. 12. C. hoc tit. l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur. l. Lucius. 46. §. ult. ff. de admin. tut.* unde temperandæ atque explicandæ *l. 12. ff. de pact. l. jusjurandum. 17. §. 2. ff. de jurejur.* & si quæ similes.

7 Idem juris, quod habet generalis omnium rerum procurator, habent & tutores & curatores; nam & ipsi de re pupillorum & adolescentium recte transigunt *l. Lucius. 46. §. ult. ff. de adm. tut. l. si pignore. 54. §. ult. l. interdum. §. 4. ff. de furt.* non aliter tamen, quam si jus illorum obscurum & valde dubium sit, nec probationes suppetant. per *l. tutor. 35. ff. de jurejur.* aut si forte alias nihil sint consecuturi. Decidendi inquam, non deminuendi causa. *d. l. Lucius. §. ult.* Itaque recte Gail. 2. *obs.* 72. tum demum air valere transactionem tutoris, quando de justitia pupillorum plurimum dubitatur: aut cum forte sumptus in exigendo & lite persequenda faciendi, excessuri sunt ipsius debiti quantitatem. nam & in dubio litis exitu præstat partem accipere, quam periculum amittendi totius subire: & satius est accepto aliquo à lite discedere, quam majores toto quod consequi possis, impensas facere. Illud in confesso est, si per transactionem tutoris aut curatoris res pupilli aut adulti immobilis, aut quæ mobilis ex earum numero, quæ recensentur in *l. lex quæ. 22. C. de adm. tut.* in adversarium transferenda sit, eo casu etiam iudicis decretum interponendum esse. *d. l. 22. l. 4. C. de præd. & al. reb. min. &c.* In eadem causa sunt & administratores civitatum, qui & curatores appellantur. Nam & illis permissum est de re civitatis dubia liteque incerta transigere: rem autem certam atque indubitatam frustra remittunt. *l. præses. 12. C. hoc tit.* ubi hujusmodi remissiones à curatoribus civitatis factæ, ambitiosæ vocantur. & merito: non enim dubium est, quin eo facto affectent laudem liberalitatis aut splendoris, aliosque sibi cupiant gratia & beneficio demereri; ambitio enim gratiam & favorem significat. *l. 3. C. de execut. rei jud.* apud Cic. *lib 13. epist.* religiose & sine ambitione commendare, est commendare sine favore. apud Mæcianum *l. servo. 65. §. 2. ff. ad sen. Treb.* ambitiose jubere restitui, est gratiose & favorabiliter, φιλοτίμως. decurionum decreta varia ratione per gratiam expressa, ambitiosa appellat Ulpianus *l. 4. de decret. ab ord. fac.* ut & decreta prælidum, quibus ante legitimam ætatem adolescentibus rerum suarum committitur administratio. *l. 3. ff. de minor.* Objicit huic sententiæ Accursius rescriptum Severi & Antonini in *l. 5. C. de usur.* ubi tamen nihil simile.

 8 Ajunt

8 Ajunt illic Impp. adversus creditorem, qui per certos annos minores usuras, quam cautæ erant, accepit, majores postea petentem, utilem esse exceptionem pacti: idque non tantum locum habere in privatis creditoribus, verum etiam adversus rempublicam sive civitatem, si forte defensores civitatis minores usuras longo tempore acceeperint. Non ajunt, si id factum sit ab administratoribus, syndicis, aut curatoribus civitatis, quorum negligentia aut factum, extra id quod eis mandatum est, rempublicam obligare non potest *civitas*.27.*ff. de reb. cred.* sed si id fecerint civitatis defensores, id est, ipsi magistratus, qui totum reipub. corpus repræsentant, & quorum proinde negligentia, vel etiam ambitio civitati quoque quæ privatorum & communi jure hic utitur, *l*.16.*ff. de verb. sign. l. nihil interest* 15. *ff. de senat. Maced.* nocere queat.

9 Defensores autem civitatum passim in constitutionibus appellari ipsos civitatum magistratus, qui Græcis ἔκδικοι καὶ φρονιστικοί dicuntur. *l. θεσπίζομεν*. 30. *C. de episc. aud.* satis nunc constat. *l*.2. *C. de annal. except. §. nos autem. Inst. de Attil. tut. & tot. tit. C. de defens. civit.* Hoc vero discrimen cum Accursius & Accursiani interpretes non observaverint, magno molimine magnas nugas commenti sunt, ut videre est apud Sichard. in *d.l. præses. C. hoc tit.* An autem in casu hic proposito petenti reipublicæ concedenda sit in integrum restitutio, non est quæstio hujus loci. vid. Fott. Odd. *p*.1.4.3. *art*.9. *& ibi alleg.* Sichard. in *l*.4. *C. quib. ex caus. major.*

10 Procurator autem Cæsaris sive principis, qui & rationalis, omnino transigere non potest: ac ne eo quidem casu quo rerum omnium procurator privati, aut curator civitatis de re domini aut civitatis recte transigit: id est, nec si jus principis ambiguum & obscurum esse constet, nisi specialis accedat Principis consensus: sic enim intelligenda puto verba Æmilii Marci in *l. nulli*.13.*ff. hoc tit. nulli procuratorum Principis inconsulto Principe transigere licet:* id est, sine speciali Principis mandato. Excipiunt Glossa, Bart. Jas. nisi transigendo rem dominicam retineat, & tantum aliquid aliud vicissim det: quia utique meliorem Principis conditionem facere potest, per *l*.1.§.1.*ff. de offic. proc. Cæs.* quam exceptionem probat & Perez in *Cod. hoc tit. n*.4. Sed quid interest, rem, de qua controversia est, rationalis remittat, & aliud vicissim pro ea accipiat; an rem ipsam retineat, aliud vicissim det? Nam & hoc modo transigendo alienat, quod ei nullo modo permissum sine expresso consensu Principis. *d. l*.1. §. 1. *ff. de offic. proc. Cæs.* Præstat itaque rejecta ista exceptione jus transigendi procuratori rei dominicæ simpliciter denegare cum Baldo, Castrens. Duar.; nisi ad hoc speciale mandatum habeat. maxime cum ita serviamus etiam verbis jurisconsulti in *d. l. nulli. hoc tit.* quod in re dubia melius esse docet Ulpian. *l*.1. §.*licet autem*.20.*ff. de exerc. act.* Enimvero si rationalis transigendo utiliter rem Principis gesserit, dubium non est, quin eam transactionem ratam habere Princeps possit. Sed hoc nihil ad propositum facit. cum & pupillorum & minorum curatorem habentium transactio, quatenus sibi prosunt, sustineatur, ut dictum supra circa initium hujus cap.

11 De illo non satis convenit an & quatenus patris de rebus filii trans-

actio

actio procedat & filio obsit. Et de bonis filii emancipati patrem transigere non posse Ulpianus in *l. de re.*10. *ff. hoc tit.* respondet. nec mirum, cum filius emancipatus extranei loco habeatur. §.3. *Inst. de hered. qual. & diff.* nemo autem de rebus extranei transigendi jus habet sine ejus mandato. *l.*3. *pr. ff. hoc tit. l. si unus.*27. §.4. *ff. de pact.* qua de causa nec matris transactio liberis obest: nempe quia liberi matri extranei sunt. *d.* §.3. *Inst. de hered. qual. l.*5. *ff. de adopt. junct. d. l.*27. §.4. Sed & filius emancipatus, ut quivis alius paterfamilias pleno jure bona possidet. *l. paterfam.*182. *ff. de verb. sign.* Utique tamen si filius emancipatus in prima adhuc ætate sit constitutus, pater, utpote qui legitimam ejus tutelam ex emancipatione nanciscitur, idem jus circa transactionem de rebus filii emancipati habet, quod cæteri tutores & ita temperanda *d. l. de re.*10. *ff. hoc tit.* Quid si filius sit in potestate? Distinguenda sunt pecuIia: nam in castrensi & quasi castrensi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habetur. *l.*2. *ff. de SC. Maced. l. ult. C. de inoff. test.* ac proinde patri hic nullum jus. Ex contrario peculium profectitium pleno jure est patris, & ideo de eo, tanquam de re propria, recte transigit. De bonis vero adventitiis ita statuendum. Quorum bonorum adventitiorum ususfructus ad patrem pertinet, de his quoque bonis transigere pater potest. Ratio est, quia pater non modo horum bonorum usumfructum habet, sed etiam legitimam administrationem. *l. ult. C. de bon. quæ lib. in potest.* Et quidni igitur idem hic jus patri ut administratori, concedatur, quod cæteri tutores & curatores habent in rebus eorum, quorum tutelam aut curam gerunt, ut scilicet etiam transigere pater de bonis istis filii in causa dubia liteque incerta possit. ita *Accurs. in d. l. de re. & cæteri ibid.* & in *l. præses. C. eod.* Non moveor objectione Cujacii, quod hoc admisso fieri possit, ut transactione fructuarii lædatur proprietas, quæ filio competit. Quid enim, an tutori potius aut curatori concedendum, ut pupillo aut minori plenam intervertant proprietatem? Præterea & patris hæc administratio privilegiata est: nam tutores & curatores pro administratione sua cautionem præstant. *tit. ff. rem pup. salv.* pater non præstat. *d. l. ult.* §.4. *C. de bon. quæ lib.* quod haud dubie constitutum est ob reverentiam paternæ potestatis, & juris antiqui, quo proprietas quoque illorum bonorum patri quærebatur. Nemo igitur mihi dicat eum qui plus præstat cautionis, etiam plus juris habere debere: nam etsi hoc procedit in personis ejusdem conditionis, minime tamen locum habet, ubi aliquid est in una persona, quod vel exæquet vel etiam superet qualemcunque cautionem alterius, ut in specie, quam hoc loco tractamus. Est tamen hic adhibenda distinctio aliqua ex *d. l. ult.* §.3. videlicet, ut si filius sit justæ ætatis, tunc etiam filii consensus in litis transactione adhiberi debeat, sicut & in movenda actione; sin minus, patris solius sufficiat. qua distinctione etiam Cujacius in *d. l. de re. ff. hoc tit.* uti debuerat, non simpliciter filii consensum exigere. Superfluum jam & ineptum esset monere hic, non aliter patris super re filii propria transactionem procedere, quam si ex justa causa & bona fide transactio fiat, quod nonnulli faciunt, inter quos & Borcholt. *c.*4. *n.*11. *ad hunc tit.* Nam qui super re plane dubia & probationibus deficientibus

cientibus aut cum consensu ejus, cujus res est propria, transigit, non potest non videri bona fide & justa ex causa transigere. Illud non ex certa aliqua & explorata auctoritate juris, sed ex communi interpretum sententia & probabili ratione receptum est, ut quamvis tutorum & curatorum de rebus pupillorum vel adultorum immobilibus, iisve mobilibus, de quibus Constantinus in *l.22. C. de adm. tut.* transactio sine interpositione decreti magistratus non procedat, patre tamen de bonis filii adventitiis, ut fructuario & simul legitimo administratore, transigente decreto non sit opus. *Jas. & al. in l. praeses.12. C. hoc tit. Gail. 2. obs.72. n.14.* quam sententiam & Bachovius probat. *c.3. de transact.*

14 Postremo & illud quæsitum est, an vasallus de feudo transigere possit inconsulto feudi domino. Et video plerisque placere hanc distinctionem, ut siquidem vasallus ipse feudum possideat, tunc sine consensu domini non possit neque in totum neque pro parte illud in alium decidendo transferre; ab alio vero possessum possit relinquere possessori. *Tiraq. de retract. gentil. tit.1. §.1. Gloss.14. n.66. Clar. §. feudum. quæst.38. Wes. cons.70. n.13. Borcholt. de feud. c.8. n.44.* Cæterum hanc distinctionem non videntur pati posse textus in *c. un. de controv. int. vasall. & al. de ben.* &c. *si vasallus de beneficio. si de feud. def. contr.* quibus locis permittitur vasallo transigere cum adversario etiam in præjudicium domini & sine ejus consensu, dummodo fraude careat transactio: idque non modo si agat vasallus, verum etiam si conveniatur: quo tamen posteriore casu nihil in præjudicium domini vasallus facere potest, nisi in actorem feudum ipsum aut partem feudi transferat: nam rei non feudalis alienatio sicut jus domini omnino non lædit, ita nec consensum ejus ullo modo desiderat. Quamobrem rectius fortassis illi sentiunt, qui potestatem de feudo transigendi vasallo simpliciter concedunt, dummodo transigat bona fide & sine collusione: rejecta etiam illa aliorum distinctione, utrum transactio cum alio convasallo, an cum plane extraneo interponatur. *Alvarot. in d. §. un. vers. nota quod vasallus. Curt. de feud. part. 4. caus.41. quæst.7. Zas. part. 9. de feud. alien. Duar. §.12. n.10. Schenck. in d. §. si vasallus. add. decis. cur. Holland. 7.*

CAP. IV.

De quibus rebus transigere possumus.

1 *Ut procedat transactio vel metus litis sufficit, ubi explicatur. l. 65. §.1. de condict. ind.*
2 *Transactio per calumniam expressa non valet*
3 *Quacunque ratione res dubia fit, etiam citra litem aut metum litis, procedit transactio.*
4 *l. si de certa.31. C. h. t. exposita.*
5 *De re judicata frustra transigitur.*
6 *Explicatur l. si causa.32. C. h. t.*
7 *Quid si sententia jure non subsistat.*
8 *Quid si ab ea appellatum sit, aut appellari possit, aut in dubium vocetur, an judicatum.*
9 *Quid si restitutio in integrum impetrata, aut postulata adversus sententiam. ubi quædam notabilia in praxi.*
10 *Quid si super instrumento garantigiato, post rem jurejurando decisam; post confessionem judicialem, transactio interposita.*
11 *Transactionem admittunt actiones omnes, tam in rem, quam in personam; etiam*

etiam præjudiciales: ubi quædam non ubique obvia.

12 *An transactioni locus in causis matrimonialibus.*

13 *Etiam quæ ex maleficio nascuntur actiones, cum civiliter agitur, transactionem admittunt, ubi nonnulla, quæ hactenus non satis explorata.*

OBjectum sive materia transactionis sunt res dubiæ & litigiosæ, de quibus scilicet vel nunc lis sit, vel in futurum esse possit, aut metuatur. *l.1.ff. l.2. C. h.t.* nam litem motam esse nihil necesse est: satis est, si esse poterit, & reus ob id aliquid dederit, aut caverit, quia lis metuebatur, exempl. *in d.l.2. C. hoc tit.* atque ita quoque nonnulli accipiunt, quod dicitur in *l.in summa 65.§.1.ff. de condict. indeb. quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur.* sed melius alii cum Accursio verbo *res* istic debitum intelligunt, quasi JC. dixisset, licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit: hoc enim est, quod mox sequitur, *nam si lis fuit*, &c. cui ex aliis locis addendum, *aut timor futuræ litis*, utique quod transactionis causa datum est, tanquam indebitum repeti non posse non uno loco traditum est. *l.2. C.de cond. indeb. l.si non.6. C. de jur. & fact. ign. l. si transactionis.11. C. de non num. pec.* quippe cum non minor sit vis transactionis, quam rei judicatæ. *l. non minorem.20. C. hoc tit.* quod autem ex causa judicati solutum est, jure condictionis non repetitur. *l.1. C. de cond. in deb. l.si fidejussor.29.§.pen.ff. mand.* Plane si per evidentem calumniam transactio sit expressa, seu is qui sciens nihil sibi deberi, aliquid extorsit terrore litis, ut ab ea desisteret, tunc & transactio inspecto exitu nulla est & repetitio datur. *d.l.in summa.§.1. ff. de cond. indeb. l.cum his.8.§.si cum lis.20.ff. hoc tit.* quia non tam transactio, quam sordida concussio facta intelligitur. *l.1.§.pen. ff.de calumn. Duar. c.2. ad hunc tit. Tulden. ad Cod. h.t.n.1.* Sed & porro licet neque moveatur lis, neque metuatur, si tamen alia ratione res dubia & incerta sit, transactio valet; veluti si spes fideicommissi propter incertum conditionis modico præsente accepto remittatur *l.1. C. de pact. l. de fideicommisso.11. C.hoc tit.* Idem est, si cui usufructus relictus sit, aut salarium annuum homini honestioris loci, quia incertum vitæ tempus rem aut quantitatem incertam facit. *l. cum his.8. si in annos.23.ff. hoc tit.* Quamobrem somnium mihi obrepsisse videtur D. Zoesio *ad h.t. n.15.* neganti res dubias ex alia causa, quam propter litem, ponere transactionis materiam. Eadem ratione & de alimentis relictis liceret transigere, quoniam nescitur, quamdiu alimentarius victurus sit. Sed alia ratio D.Marcum movit ne hic permitteret transactionem sine auctoritate prætoris. *l.8. pr.ff. hoc tit.* de quo postea ubertius.

4 De re autem certa, sive de negotio, de quo nullum dubium est, nec lis, nec metus litis, transactio interposita nullius momenti est. Neque obstat *l si de certa re.31. C. hoc tit.* nam per rem certam, non quæ dubia non sit, sed rem aliquam unam, μίαν αἰτίαν, non πρᾶγμα δῆλον, Imperatores eo loco intelligunt,& transactionem non nisi ad eam rem, de qua agitur, pertinere rescribunt, etsi verbis pacti, *nihil amplius peti*, adjectum non sit, *eo nomine:* quia nimirum id semper considerandum, quod actum est. *l. semper.34. de reg. jur. l. qui cum.9. in fin. ff. hoc tit.*

5 Quo-

5 Quoniam igitur nulla transactio est nisi rei litigiosæ aut dubiæ, consequens est de re judicata transigi non posse; ut pote quæ finem controversiæ inter partes facit litemque dirimit. *l. eleganter.* 23. §. 1. *ff. de cond. in d.l. si causa.* 32. C. *hoc tit. junct. l.* 1. *ff. de re jud.* Non est contrarium, quod imperatores in *d. l. si causa.* addunt, *si non Æquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti.*

6 Potest enim stipulatio Aquiliana & acceptilatio donandi causa fieri, & per eam jus liquidum remitti. *l. & uno.* 18. §. 1. *ff. de accepti.* §. 1. *&* 2. *Inst. quib. mod. toll. obl.* quod cum fit, non transactio est, sed pura puta liberalitas; non minus, quam si pacto res certa & indubitata remittatur. *l.* 1. *ff. hoc tit.* imo vel magis, quia pactum tantum ad exceptionem prodest: acceptilatio etiam ipso jure obligationem actionemque tollit. Quis vero est, qui non risu dignum judicet in hunc modum argumentantem: actio rei judicatæ per stipulationem Aquilianam & acceptilationem perimi potest: Aquiliana stipulatio & acceptilatio in transactione locum habent. *l.* 2. *l. pacto.* 15. *hoc tit.* Ergo transigi potest super re judicata. Quamobrem nescio quid Donello in *d. l. si causa.* in mentem venerit, qui sine ulla necessitate contra perpetuum Latini sermonis usum hæc rescripti verba, *si non acceptilatione competentem tibi actionem peremisti*, non pro conditione accipienda esse contendit, sed pro ratione ejus, quod consulenti responsum fuit; quasi scriptum esset, *quia non peremisti.* & qui hoc probari potuit D. Perezio *ad hunc tit.* C. *n.* 6. Plana est rescripti sententia, nimirum post rem judicatam, quæ neque appellatione, neque in integrum restitutione suspensa sit, transigenti salvam manere judicati actionem, nisi eam interposita stipulatione Aquiliana, & secuta donationis causa acceptilatione peremerit: quippe quæ & pacto ex liberalitate remitti potest. *Paul.* 1. *sent.* 1. §. *ult. Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.* Et recte igitur etiam Græci sub hoc tit. in Basil. *πιχαρῶν δὲ μὴ ἀκυλιανῆς ἐπερωτήσεως καὶ ἀποχῆς καὶ ἀμεριμνείας ἐπακολουθησάσης τὴν ἁρμόζουσάν σοι ἀνεῖλες ἀγωγήν* &c. eodemque modo rescriptum illud explicant *Accurs. Salic. Ias. & alii. Mynſ.* 4. *obs.* 47.

7 Cæterum ut transactio post rem judicatam interposita intelligatur nullas vires habere, necesse est, ut sententia jure subsistat *d. l. eleganter.* 23. §. 1. *ff. de cond. jud.* nam ubi sententia non valet, nec judicatum intelligitur. *l.* 4. §. *judicatum. ff. de re jud. l.* 4. *C. de sent. & interloc.* veluti si sententia non contineat absolutionem aut condemnationem. *l.* 3. *C. d. tit.* si à non competente judice lata sit. *l.* 6. §. *quid si.* 10. *ff. de injust. rupt. l.* 1. §. *ult. ff. ad Tertull.* si manifestum errorem contineat calculi. *l.* 1. §. 2. *ff. qua sent. sin. app. resc.* si sine certa quantitate prolata. *tit. C. de sent. qua sin. cert. quant.* si pronuntiatum sit causa non cognita. *l. ex stipulatione.* 7. *C. de sent. & interloc.* unde exempli gratia in *d. l. si causa.* 32. *C. hoc tit.* exigitur ut sententia prolata sit causa cognita. Denique ne singula commemorem (quod non est hujus loci) ipso jure nulla est sententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc transigi possit, quæ lata est contra leges constitutionesve principum. *l.* 2. *C. quand. prov. non est nec. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. app. l. si expressim.*

pressim. 19. *ff. de appell.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor rectitudinem significat, ut apud scriptores de limitibus; & *contra juris rigorem*, JC. idem est, quod contra tenorem & formam juris; sicut apud Quintilianum *lib.* 9. *c.*3. *rigor orationis*, pro tenore perpetuo sui similis.

8 Sed nec satis est sententiam jure prolatam esse, nisi & effectum habuerit, atque, ut vulgo nunc loquuntur, transierit in vim auctoritatemve rei judicatæ. Nam si à sententia appellatum sit, placet adhuc transactioni esse locum. *l.* & *post.* 7. *ff. l. si causa.*32. *C. hoc tit. l. eleganter.* 23. §. 1. *ff. de cond. ind.* & recte. nam per appellationem res eo deducitur, quasi nec judicata sit, & præcedens pronuntiatio interim pro extincta habetur. *l.* 1. §. *ult. ff. ad SC. Tertull.* Et sic hodie licet sententia lata sit à judice, à quo non provocatur, puta a Curia supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, adhuc post revisionem impetratam de ea sententia recte transigitur; quia revisio speciem appellationis continet. *Bus. ad. d. l.* & *post. ff. hoc tit.* Quinimo etsi nondum appellatum sit dummodo appellari adhuc possit, nihilominus tamen de judicato transigere licet. *d. l.* & *post.* Eo amplius, si vocetur in dubium, an judicatum sit, an sententia valeat, an provocari possit, nec ne, transactio adhuc fieri potest *l. post rem.* 11. *ff. hoc tit. d. l. eleganter.* §. 1. *ff. de cond. ind.* Unde apparet omnino adhuc transigi posse post causæ conclusionem; quia etiam tunc adhuc est dubius litis eventus.

9 Porro cum quod jure communi appellatio facit, id in persona minorum efficiat restitutio in integrum. *l. præses.* 42. *ff. de minor. tit. C. si adv. rem. jud.* ideo consulto Impp. in *d. l. si causa.* 32. *C. hoc tit.* addunt, *vel in integrum restitutionis solennitate sententia suspensa non est.* Nam restitutione in integrum impetrata, imo & postulata tantum, omnia integra servari & in suo statu manere debent, neque ea pendente quicquam innovari, quasi dubia adhuc lis sit; atque interim executio sententiæ adversus minorem latæ suspenditur, haud secus ac si interposita esset appellatio. *l. un. C. in int. rest. post ul. ne quid nov. junct. d. l. præses.* & *d. l. si causa.* Excipitur hic jure canonico, si causa restitutionis altiorem indaginem & inquisitionem desideret & æquum videatur sententiam interim executioni mandari. *c. suscitata. x. hoc tit.* Atenim ea res non impedit, quominus & hic, utpote in re adhuc dubia & lite incerta, procedat transactio, quippe cum nec victori eodem jure permittatur sententiam pro se latam exequi, nisi prius idonee caverit se redditurum, quod vi sententiæ perceperit, si in causa restitutionis obtinuerit adversarius. *d. c. suscitata.* quod jus quia summam rationem habet, non modo usu forensi ubique nunc receptum est; verum etiam longius productum; propterea quod plerumq; remorandæ executionis gratia restitutiones postulantur. *Sande lib.* 1. *tit.* 8. *defin.* 4. *Neostad. decis.* 73. *supr. cur. Holl. Mynf.* 1 *obs.* 48. & 6. *obs.* 80. *Ant. Fab. C. suo for. defin.* 1. *ad tit. in int. rest. post Tulden. ibid. n.* 2. & 3. *Christin. vol.* 2. *decis.* 137. *Duar. ad hunc tit. l.* 2. *Groenew. de ll. abrog. ad d. tit.* C. & plures illic citati: Ut igitur concludamus cum Ulpiano in *d. l. eleganter.* 23. §. 1. *de cond. ind.* quod rescriptum est, post rem judicatam interpositam transactionem nullius esse momenti, id tunc locum habet, cum de sententia indubitata; & quæ nullo

remedio

remedio attentari queat transigitur. Cum autem hodie fere confusa sint pactionum & transactionum nomina, putant quidam non minus transactionum quam pactionem etiam de re judicata, aut alias certa atque indubitata interpositam nunc ratam esse. Autumnus *confer. du. dretcl. ad l. 7. §. 1. h. t. Groenew. de ll abrog. ibid.*

10 De instrumentis guarantigiatis, quæ paratam habent executionem, idem hic statuendum esse, quod de re judicata, censet cum Bartolo & Baldo Busius in *l. post. rem. 7. n. 6. hoc tit.* quia talia instrumenta instar rei judicatæ sunt certa; nisi quid in iis illiquidum sit, aut nisi super formæ aut fidei defectu sit quæstio. *arg. l. ult. C. plus val. quod agit.* Tantundem dicendum est, si res jurejurando decisa fuerit. per *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* item de confessione judiciali, quoniam & ea certa est; cum confessi in jure pro judicatis habeantur, & sua quodammodo sententia condemnentur. *l. 1. ff. de confess.* nisi forte confessio per errorem facta sit: quia non fatentur, qui errant. *l. 2. ff. eod. tit.*

11 Admittunt porro transactionem actiones omnes sive in rem sint, sive in personam; nec tantum actio in rem specialis. *l. si super. 9. l. si pro fundo 33. C. hoc tit.* sed etiam universalis, seu qua de universitate agitur, puta petitio hereditatis *l. 3. pr. l. controversia. 14. ff. l. ut responsum. 15. C. eod.* querela inofficiosi testamenti *l. cum mota. 6. C. eod. l. si instituta. 27. ff. de inoff. test.* Item actiones præjudiciales, quibus de statu & conditione personæ agitur (quæ & ipsæ in rem esse videntur §. *præjudiciales. 13. Inst. de action.*) *l. ultim. C. hoc tit.* ubi transactio admittitur in causa liberali etiam contra libertatem. Sed nempe translatio illa non interponitur inter dominum & servum (quippe transactio inter dominum & servum consistere nequit; quoniam quod in transactione requiritur, nihil servo, quod ejus proprium fiat, dari potest. *l. interpositas. 13. C. hoc tit. junct. l. acquiruntur. 10. §. 1. ff. de acq. rer. dom.*) sed inter dominum & eum, qui servum in libertatem asserebat, ut desistat. Cæterum ex quo Justinianus assertiones sustulit. *l. 1. C. de assert. toll.* servus ad libertatem proclamans juxta. *d. l. 1.* cum domino transigere posse cœpit, non ut liber fiat, quod pactione effici non potest. *l. ingenui. 6. de ingen. manum.* sed ne amplius ei de libertate controversia moveatur. Quare & si is qui se dominum dicebat, & transegit, vere dominus sit, valebit tamen adversus eum facta super liberali causa transactio: & potest servus quæsita alicunde pecunia aliquid domino dare: *l. vix. certu. 53. ff. de jud. l. 4. pr. ff. de manumiss.* §. 3. *Institut. de noxal. action.* Ex contrario autem, ut servus maneat transigi non potest, propter eandem rationem. *l. nec si volens. 6. C. de lib. caus.* neque in *d. l. ult. C. hoc tit.* post transactionem prohibetur nova in libertatem assertio, cum ea etiam post rem judicatam iterari potuerit: sed rata interim habetur transactio, id est, tam diu vis transactionis durat, quamdiu incerta manet personæ ejus cui controversia status mota fuerat, conditio. At repertis forte postea novis instrumentis quibus nunc liberta[s] probari facile possit, adhuc tamen jus in libertatem asserendi negare durum sane fuerit, & perquam inhumanum in re omnibus aliis favorabiliore. Sed neque Justinianus in *d. l. 1. C. de assert. toll.*

toll. sustulit licentiam proclamandi in libertatem: sed difficultatem assertorum, & iterationem cognitionis; quippe quam bis terque repetere licebat. *d. l.* 1. quod & Cicero pro domo sua significat, cum ait, in sola liberali causa rem judicatam referri licere. nempe si contra libertatem judicatum fuerat, non si pro libertate: nam sententia, semel pro libertate dicta retractari non potuit. *l. si dolo.*24. *ff. de dol. mal. Hotom. ad d. l. ult. C. hoc tit. Cujac. par. C. de assert. toll.*

12 Quæsitum an super causa matrimoniali transactio interposita rata haberi debeat, si forte parentes puellæ & juvenis controversiam inde motam per transactionem voluerint amicabiliter componere. Et siquidem conservandi matrimonii gratia transactio intervenerit, puta ut sponsa maneat sponsa, uxor maneat uxor, placet transactionem valere. Nam etsi antea sponsa non fuit, tamen ex novo isto consensu & transactionis placito sponsa esse incipit: & ita sæpissime matrimonia conciliari solent, patre puellæ majorem forte summam dotis nomine promittente. Et quamvis matrimonia libera esse debeant ab omni metu pœnæ, etiam pecuniariæ. *c. gemma.*29. *X. de sponsal.* Attamen sæpe fit, ut quis spe lucri ad matrimonium invitetur. textus est notabilis, in *l. Titio centum.*71. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Cæterum si transactio ad dissolvendum matrimonium comparata sit, quia forte pater puellæ certam pecuniæ summam promittit, ut juvenis ab actione obtentu matrimonii contra filiam instituta desistat, vel contra; talis transactio merito improbatur, propter indissolubile vinculum matrimonii. *c. fin. & ibi DD. x. hoc tit. ca. an quod & c. quos Deus.*33. *quæst.* 2. *Schneid. ad §. item si.*11. *Inst. de act. n.*38. *Alciat. in l. ult. C. hoc tit. sub fin.*

13 In actionibus quoque in personam nihil refert, utrum de una re dubia, an de pluribus contendatur: nam & de negotiis alienis gestis, de administratione tutelæ, sive de actionibus inde nascentibus recte transigitur. *l.* 3. *cum aliquot seqq. C. hoc tit.* Imo etsi ex maleficio nascatur actio, licita tamen est transactio, cum civiliter agitur *l.* 7. *pr. ff. de cond. furt. l. interdum.*56. §. 5. *de furt. l.* 13. *C. eod.* Licita est, inquam, de maleficio jam commisso: nam si nondum sit commissum & quid detur aut promittatur, ne fiat, aliud juris est. *l. jurisgentium.*7. §. 3. *l. si unus.*27. §. 3. & 4. *ff. de pact.* Atque hic transactionis etiam nudo pacto interpositæ interdum ea vis est, ut per eam ipso jure tollatur actio: ut actio furti & injuriarum: quia lex 12. tabb. his casibus paciscí expresse permisit. *l.* 7. §. 14. *l. si tibi.*17. §. 1. *d. l. si unus.*27. §. 2. *vers. sed si. ff. de pact. junct. l.* 6. *eod.* interdum per exceptionem, ut si transactum sit de actione legis Aquiliæ, aut interdicto unde vi, quatenus privatam causam contingit. *d. l. si unus.* §. 4. *vers. item ne.* Enimvero etsi actio nullo post transactionem superest; si tamen actio ex maleficio talis sit, ut damnatum sequatur infamia, (quales actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo. *l.* 1. *ff. de his qui notant. infam.* §. 2. *Inst. de pæn. tem. litig.*) reus, qui transigit pretio dato, liberatur quidem ab actore: cæterum notam non effugit infamiæ. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. §. 3. *d. tit.* qui textus omnes de pacto transactionis causa facto loquuntur. Quod si quis gratis paciscatur, aut pretio quidem, sed prætore auctore,

 non

non notatur. *d.l.6.* §.3. *&* 4. Sed & si talis sit actio, ex qua damnatum non sequitur infamia, qualis est actio legis Aquiliæ, & interdictum unde vi, aliudve ex maleficio descendens (nullum enim interdictum famosum est. *l.neque* 13. *ff. de vi & de vi arm.*) non notatur infamia, qui cum pretio seu dato aliquo paciscitur, licet sine prætore. Itaque manifeste fallitur Pacius ad *l. transigere*.18. *C. hoc tit.* putans de delicto privato gratis tantum pacisci licere, non data pecunia. Quod autem diximus eos, qui de actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, aut doli mali transigunt, seu pretio dato paciscuntur, infames fieri; id sciendum est pertinere ad transactiones, quæ fiunt post in jus vocationem, ubi jam in jure apud prætorem res agitur, aut post litem contestatam pendente judicio. Nam ideo hi infames fiunt, quia pro confessis habentur *l.*5. *ff. de his qui not. infam.* confessi autem pro judicatis. *l.*1. *ff. de confess.* Secus igitur erit, si transactio facta sit judicio nondum instituto. Nam si ne vera quidem extrajudicialis confessio facit, ut reus habeatur pro judicato per *l. post rem*.56. *ff. de re jud. l. un. C. de confess.* multo minus id efficiet ficta: siquidem plus valere fictio non potest, quam veritas. At ficta tantum est confessio, si quis pretio dato paciscatur. *d. l.*5. *de his qui not. inf.* Quare qui de furto, injuria, rapina, dolo transigit antequam causa apud prætorem aut in judicio tractari cœpta sit, is in ea causa est, ut non notetur infamia. Quidam putant ne eos quidem, qui post acceptum judicium transigunt de his causis ex sola pactione infames fieri: quoniam nec confessi in judicio apud judicem datum pro judicatis habentur, sed pro convictis potius, ut pote qui post confessionem etiam sententia judicis adhuc damnari debent *l.*3. *l.*5. *l. ult. ff. de confess.* ut hæc confessio non tam judicati, sicut illa, quæ in jure apud prætorem fit. *d. l.*56. *ff. de re jud. d. l. un. C. de confess.* quam probationis vim habere debeat. Sed non est absoluta inter hæc convenientia: nam transactio fit sine judice, nec eam sequitur condemnatio: confessio autem fit apud judicem, cujus officium est, ut de ea re, de qua cognovit, etiam sententiam ferat. *l. de qua*.74. *ff. de judic.* Nec tamen hoc eo pertinet, ut in proposito, puta de furto aut rapina confessus, per sententiam infamis declaretur, aut demum pronuntiatione secuta infamis fiat: sed præcipue respicit intentionem & petitionem actoris, ut judex juxta formulam a prætore datam, maleficio ipsa rei confessione satis probato, in duplum aut quadruplum convictum condemnet: infamia autem à jure est, & edicto notantur furti &c. non solum damnati, sed etiam pacti. *l.*1. *l.*4. §. *ult.* & 2. *ll. seqq. ff. de his qui not. infam.* §. *ex quibusdam. Inst. de pœn. tem. litig.* Et alioqui non melior esset conditio reorum, qui actione famosa ex contractu, puta depositi, mandati, &c. conveniuntur, atque eorum, qui ex famoso delicto, contra expressa edicti verba, & *d.* §. *ex quibusdam.* Longior fui in re non satis explorata; quanquam mores hodierni nonnihil diversi. vid. *Groenevv. de ll. abrog. ad* §. *ex quibusdam. Inst. de pœn tem: litig.* De majoratu an transigi possit, vide *Gomes. ad l. Tauri*.40. *n.*86.

Cap. V.

De transactione facta super his, quæ testamento relicta.

1 *De controversiis ex testamento descendentibus transigi non potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti. & quare.*
2 *Occurritur Cujacio & Ferreto: atque exponitur l.1. §.1. testam quem. ap. adminiculante Græcorum auctoritate.*
3 *Declaratur l.12. ff. h. t.*
4 *Quid si transactio facta non adjecta clausula, cognitis verbis &c.*
5 *Exponitur l. Lucius. 78. § ult. ff. ad SC. Trebell.*
6 *Quid juris, si quæstio oriatur ex testamento nuncupativo.*
7 *Quid si transigentes inspectioni tabularum renuntiaverint.*
8 *Quid juris, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum*
9 *An sufficiat generalis renuntiatio, saltem jurata.*
10 *An gratis pacisci liceat de hujusmodi controversiis non inspecto testamento.*

1 DE controversiis, quæ ex testamento (quo nomine etiam codicillos complector) oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. *l. de his. 6. ff. hoc tit. l. 1. §. 1. ff. quemadm. test. aper. fac. l. ille à quo. 13. §. 3. ff. ad Sc. Trebell. l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.* & hoc ipsum Demosthenes expressisse videtur ἐν τῇ παραγραφῇ ὑπὲρ Φορμίωνος, in hæc verba, πρῶτον μὲν γάρ τις ἂν ἐνείματο τὰ πατρῷα, μὴ λαβὼν γράμματα, ἐξ ὧν ἤμελλεν εἴσεσθαι τὴν καταλειφθεῖσαν οὐσίαν, οὐδὲ, εἷς δήπου. 1. *Quisnam patrimonium dividere, non acceptis tabulis, ex quibus quantum relictum esset, cognosceres? Nemo sane unus.* atque hæc est exceptio regulæ quæ traditur in *l. sub prætextu. 19. C. hoc tit.* sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide factam non rescindi. *fac. l. 3. §. 1. ff. eod.* Quod si testamentum à transigentibus inspectum sit, valet transactio etiam de legato aut fideicommisso conditionali; *l. 1. C. de pact. l. de fideicommisso. 11. C. hoc tit.* quamvis repudiatio non valeat, *l. si ita. 45. §. 1. de legat. 2.* de quo nos plusculа. *c. 18. tract. de pact.* Cur autem placeat transactionem de controversiis ex testamento ortis non valere nisi inspectis cognitisque testamenti verbis, ratio hæc est, tum ne qui testamenta supprimunt aut consulta opera diutius occultant, iniquum lucrum inde capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ipsis incertum est, accipiendum. *arg. l. 8. pr. ff. hoc tit.* tum quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere etiam publice interesse creditur. *l. vel negare. 5. ff. test. quemad. aper. ita Bart. & DD. in d. l. 6. Sand. lib. 4. tit. 5. defin. 15. & alii.* Quæ profecto ratio non est inepta, quamvis id Cujacio in *l. 1. ff. hoc tit.* videatur: nam & eadem ratio fecit, ut ne super alimentis testamento relictis sine prætore transigi possit. *d. l. 8. pr. eod.*

2 Putat Cujacius (quod & Æmilio Ferreto videtur) *d. l. 6. ff. hoc tit.* aut peregrinam esse, aut à proposito alienam: nam apud Gajum in *d. l. 1. §. 1. ff. test. quem. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem responsi in hunc titulum conjecit, nimirum illam ipsam

l.6. hoc tit. cujus tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum iſtud referas ad conventa ſeu compoſita. Imo contra verba hæc, *neque ſine judice tranſigi*, quæ ſunt Gaii in *d. l.1. §.1. teſt. quem. aper.* non ad judicata aut ſententias judicum, ſed ad conventiones referenda eſſe, vel illud argumento eſt, quod alioqui in abſurdam & ſtultam exeunt locutionem. Quis enim ita loqueretur, ſine judice judicari non poteſt? aut quis unquam mortalium de eo dubitavit? Sed etſi ponamus Tribonianum verba Gaii alio ſenſu, quam ipſum Gajum accepiſſe: adhuc tamen non quod Gajus ſenſit, ſed quod ſecundum intellectum Triboniani ſanxit Juſtinianus pro jure habendum erit. Sed non eſt obſcura Gaii ſententia, & nempe hæc neque partes tranſigere poſſe de teſtamento relictis ſine judice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter judicem judicare; quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, non quod ipſa tranſactio auctoritatem judicis deſideret, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſſit. *d. l.1. pr. l.4. l.5. ff. teſt. quem. aper. l. teſtamenta.18. C. de teſtam.* quomodo & Weſenbecius *parat. ff. d. tit.* Coſtalius in *l.6. ff. hoc tit.* Borcholt. *c.3. de tranſact. n.14.* qui & merito ibi notant Accurſium, Bald. Bart. quod plus hic ſententiæ judicis tribuunt, quam privatorum tranſactioni, quaſi judici liceret, etiam ſine inſpectione tabularum, ſententiam ferre. Sed & poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti Græcos quoque quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius ſolet, non alio ſenſu, quam nos ea accipimus, verba Gaii reddidiſſe: ſic enim illi ſynopſ. Baſil. hoc tit. *Περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὐκ ἔστι διαλύσασθαι δυνατὸν, ὅτι τὸ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ ἀναγνωριζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Neque enim opinor Græcos unquam uſos eſſe *τοῦ διαλύσασθαι ἀντὶ τοῦ κρίνασθαι ἢ δικάζεσθαι.*

4 Non obſtat *l.12. ff. h. t.* nam non eſt audiendus, qui facta inſpiciendi copia, poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, non etiam quod poſteriore relictum ſit: apparet vero ex ipſis verbis in ſpecie illic propoſita factam tranſigenti fuiſſe teſtamenti inſpiciendi copiam atque ab eo inſpectum lectumque, quamvis forte oſcitanter, quod ſuæ imputare debet negligentiæ.

5 Utique non eo minus rata eſſe debet tranſactio, quod adjecta non ſit clauſula *viſis cognitiſque verbis teſtamenti*, dummodo doceatur contrahentes gnaros fuiſſe eorum quæ teſtamento cauta, licet tunc cum interponebatur tranſactio forte lectum non ſit *Bart. in d. l.6. Fab. Cod. ſuo fort. hoc tit. defin.1. Sand. d. loc.* Quando autem hæc ſcientia præſumenda ſit, *vid. Menoch.6. præſ.23. n.60. Bart. in l.22. §. ult. de V.O. n.13. Criſtin. vol.1. deciſ.4.* Fruſtra hic Ant. Faber objicit reſponſum Scævolæ. *l. Lucius Titius.78. §. ult. ff. ad Se. Trebell.* Nam in caſu, quem illic Scævola proponit & decidit omnino credendum & præſupponendum eſt, omnia legitime fuiſſe acta: teſtamentum inſpectum fuiſſe, atque ex verbis teſtamenti ſatis conſtitiſſe de fideicommiſſo: neque poſtea aliud voluntatis ultimæ inſtrumentum puta codicillos, quibus fideicommiſſario plus, quam teſtamento, relictum erat; ſed alia, quæ plus in bonis defuncti fuiſſe oſtenderent

derent reperta. Valde autem jejunum est, quod ex Joanne objicit Accursius, post inspecta testamenti verba tem non amplius esse dubiam: quasi vero adhuc quæri non posset de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti, utrum Falcidiæ locus &c.

6 Quid autem dicemus de testamento nuncupativo? & siquidem, ut hodie fieri solet, probationis causa testamentum per notarium in scripturam redactum sit, idem omnino dicendum est, quod de testamento scripto: sin minus, non aliter transigi utiliter poterit, nisi examinatis testibus & cognitis testificatis; aut certe nisi aliunde partibus constet de dispositione testatoris, & quid ea contineatur. Nam omnino Bartolo in *d. l. 6. n. 6.* & Castrensi *ibid. n. 7.* assentior, sic in universum definientibus satis esse ut transactio valeat, si de tenore testamenti transigentes edocti fuerint, puta per notarium aut testes, qui præsentes fuerunt, licet illud non inspexerint. Satis enim apparet ex textibus allegatis, nempe *d. l. 6. ff. hoc tit. d. l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* hunc esse unicum inspectionis finem, ut tenor dispositionis non ignoretur.

7 Sed quid si transigentes inspectioni testamenti renuntiaverint, an nihilominus inutilis futura est facta tabulis non inspectis transactio? Negat id quidem Accursius efficacem esse existimans renuntiationem, propterea quod unicuique permissum est renuntiare iis, quæ pro se introducta sunt. *l. pen. C. de pact.* Sed magis est, ut adhuc transactio inutilis sit, & renuntiatio inefficax. Ratio est, quia legi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus substantiam renunciare non licet. *l. 5. C. de legib. l. 6. C. de pact. l. nec ex prætorio. 27. de reg. jur.* Accedit & altera, quod tabularum inspectio in eorum odium, qui testamenta occultant, introducta est, nec tam in favorem transigentium, quam ipsius testatoris; cui favori utique alius renuntiare non potest. Eademque plane hic subest ratio, quæ in filiofam. renuntiante SC. Macedoniano; quem ideo huic SC. frustra renuntiare Interpretes nostri recte tradunt, quia id factum est in odium fœneratorum, & non tam favorem filii, quam patris respicit. *l. 1. ff. de SC. Maced. Christin. vol. 1. decis. 14. n. 5. & 6.* Itaque minime obstat *l. pen. C. de pact.* quippe quæ loquitur de renuntiatione alicujus privilegii aut beneficii soli renuntianti & in ejus solius favorem concessi. Ita *Bart. Bald. Salic. Castr. Angel. Jas. in d. l. 6. ff. hoc tit.* sed nos paulo explicatius.

8 Porro hoc posito, de controversiis ex testamento emergentibus non licere transigere, nisi inspectis testamenti verbis, neque id jus labefactari simplici inspectionis renuntiatione, quæsitum adhuc est ulterius, quid nempe juris sit, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum. Dicendum est non eo magis transactionem valere: quoniam nulli actus jure nostro civili vetiti aut invalidi, robur à jurejurando accipiunt. *l. 5. C. de legib.* Cæterum si de jure canonico quæratur, aliud dixerim. Etenim jure canonum non alii actus simpliciter prohibiti atque invalidi sunt, quam qui offendunt pietatem, & peccatum fovent nutriuntque. super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius adhuc peccatum, quod juraveris, servare.

Etenim causa, ob quam transactio de rebus testamento relictis tabulis non inspectis facta improbatur, tota est juris mere positivi: neque enim qui citra illam inspectionem transigit, eamque transactionem ratam habere mavult, quam infringere, potest dici peccare, aut quid quod natura turpe iniquumque sit, facere, sive inspectioni renuntiaverit, sive non renuntiaverit. Jam vero jure canonico juramenta omnia sponte præstita sine exceptione servanda sunt, quæ nihil impietatis, turpitudinis aut iniquitatis continent, & generaliter quæ non vergunt in dispendium æternæ salutis. *C. inter cætera. caus. 22. q. 3. C. cum contingat x. de jurejur. C. quamvis. de pact. in 6. & ibi Covar. p. 2. §. 5. n. 4.* atque hæc communis quoque est interpp. sententia, *Borcholt. tract. de transact. c. 3. n. 21. & seq. Sande lib. 4. tit. 5. defin. 15.* qui plures allegat.

9 Cæterum non sufficit generalis renuntiatio, quantumvis jurata, puta omnis juris & auxilii; aut juris omnis, quod renuncianti competit, vel competiturum est ex testamento vel ab intestato, aut mentionem esse factam alicujus testamenti in genere: sed ut juranti obstet, desideratur renunciatio specifica inspectionis ejus testamenti, ex quo jus illud dependebat. *Bart. & Ias. in l. qui Romæ. 122. §. ult. ff. de verb. oblig. Rol. à Valle vol. 1. cons. 13. n. 27. & seqq. Tiraquel. in præfat. l. si unquam. C. de rev. don. n. 161. Cacheran. decis. 112. n. 10. & seqq.* et hinc illa pragmaticorum cautela, ut is, qui cum aliquo transigere cupit de re testamento relicta, instrumento transactionis curet inseri, *viso perspectoque testamento. Bart. Castr. in l. 6. ff. hoc tit. Sichard. in l. sub prætextu. 19. n. 7. Leonin. cons. 32. n. 13. Gail. 2. obs. 139. n. 10. Sande ubi supra.* Igitur ut concludamus, irrita est transactio de controversiis ex testamento descendentibus facta sine tabularum inspectione, licet huic inspectioni renuntiatum fuerit, nisi jurejurando firmata sit renuntiatio: quod tamen temperamentum non tam auctoritate juris civilis, quam ex dispositione Canonum defenditur, quibus recte & Dei verbo convenienter omne jusjurandum, non impium, nec iniquum aut turpe sine exceptione servari jubetur.

10 Cæterum cum Gajus utroque illo loco, nempe & in *l. 6. ff. hoc tit* & in *l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, dubitari adhuc potest de pactione gratuita, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus ante inspectionem tabularum pacisci, litemque gratis remittere. Accursius putavit non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere: cujus sententiam secuti sunt. *Bart. Bald. & Angel. in d. l. 6.* Contra vero *Albericus de Rosate*; *Guilielmus de Cuneo*, *Castr. & Ias.* pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat & nostro quidem judicio rectius. Nam quod Accursius, eumque secuti pro vero supponunt eandem hic esse pacti gratuiti & transactionis rationem, falsum est & πρῶτον ψεῦδος. Longa enim inter pactum & transactionem in casu proposito differentia est: quippe qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa decipitur, cum utique velit habere, quod sibi testamento relictum est; at is, qui ultro totum remittit, non

non decipitur, & potest quilibet jus sibi delatum repudiare. Frustra vero pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. §. 1. l. 9. §. ult. ff. hoc tit. l. tres fratres. 35. ff. de pact.* siquidem omnibus istis locis aperte agitur de transactione seu pacto decidendi causa interposito. Sed ponamus ita, ut in casibus illic propositis pacti & transactionis eadem ratio: quid tum postea? Neque enim dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Ac tametsi verum est, quod Paulus *lib. 1. sent. tit. 1.* scribit, de his rebus pacisci nos posse, de quibus transigere licet; ex contrario tamen, de quibus rebus transigere non licet, aliquando pacisci possumus: verbi causa de re judicata aut jurejurando decisa transigere non licet, pacisci tamen donationis causa possumus. Quapropter cum textus illi ante memorati. *l. 6. ff. hoc tit. l. 1 §. 1. ff. test. quem. aper.* solummodo transactionem prohibentes, contineant aliquid singulare & transactionis proprium: temere ad pacta gratuita extendi non debent.

CAP. VI.

An & quatenus de alimentis transigere liceat ad l. cum hi. 8. ff. h. t.

SUMMARIUM.

1 *De alimentis præteritis transigere licet, non de futuris. & quæ sit ratio differentiæ.*
2 *Orationes Principum cur etiam senatusconsulta appellentur.*
3 *Ratio juris transactionem de alimentis prohibentis.*
4 *Prætor pro tribunali de transactione alimentorum cognoscere debet.*
5 *Cognitio hæc non est jurisdictionis ordinariæ, sed specialis concessionis.*
6 *Alimentorum appellatione quid contineatur.*
7 *Quid verbo victus.*
8 *Transactione de alimentis facta non continetur vestitus & habitatio. & quam rationem hoc habeat.*
9 *Non semper, quod in annos singulos relinquitur, alimentorum causa relictum intelligitur.*
10 *Quid si alimenta relicta sint homini locupleti*
11 *Quicquid sit, quod alimentorum gratia relictum est, ad orationem pertinet.*
12 *Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an usus fructus debeatur.*
13 *Oratio tantum ad alimenta suprema voluntate relicta pertinet, non ad ea, quæ ex conventione debentur; cum ratione diversi juris.*
14 *An etiam ad alimenta mortis causa ab intestato donata? ubi & insignis error Borcholti notatur.*
15 *Declaratur obscurus locus Marciani in l. 21. §. 1. de leg. præst. cont. tab.*
16 *Quæ à prætore in transactione alimentorum examinanda.*
17 *Quid juris, si alimentarius sine prætore transigens transactionem firmet jurejurando.*
18 *Enodatio §. eam transactionem. lib. 8. h. t.*
19 *Casus, quo procedit transactio citra prætoris auctoritatem. Item alius. n. 20.*
21 *An gratis citra prætorem de alimentis pacisci liceat.*

TRactatur hæc quæstio ab Ulpiano in *l. cum hi. 8. ff. hoc tit.* & quidem satis copiose, adeo ut quicquid circa hoc caput occurrere potest controversiæ, ejus decisionem facile eodem in loco reperias. Nos pleraque ordine arbitrario excutiemus & sicubi opus erit, etiam apertius declarabimus.

1 Igitur cum quæritur, an transactio de alimentis valeat, ante omnia distin-

distinguendum est inter alimenta præterita & futura: nam de alimentis præteritis transigi etiam inconsulto prætore potest: de futuris autem alimentis transigere non licet nisi interveniente auctoritate & decreto prætoris vel præsidis. *l. de alimentis.8. C. hoc tit.* Ratio differentiæ est, quia ex præteritorum transactione nullum alimentario periculum est, sicut ex futurorum: nam per transactionem de futuris intercipi alimenta & relinquentis consilium inane atque irritum fieri: cum autem de præteritis fit transactio, jam causa illa metuendi ne alimenta intercipiantur sublata est. Imo præterita alimenta proprie non sunt alimenta; sed ita dicuntur relatione facta ad id tempus, ad quod testator ea destinaverat: & ideo in oratione divi Marci non additur *de futuris d. l. cum hi. ff. hoc tit.* & in *d. l. de alimentis. C eod.* quæ orationem interpretatur; præterita alimenta dicuntur annorum præteritorum, futura insequentium.

2 Jus hoc primum introductum est oratione divi Marci, teste Ulpiano in *d. l. cum hi ff. h. tit.* At idem tamen Ulpianus hoc tribuit senatusconsulto *l. eleganter. 23. §. 2. ff. de cond. indeb.* nimirum quia, uti moris erat, in sententiam orationis divi Marci postea etiam senatusconsultum conceptum & factum est. Solebant enim olim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam postea senatusconsulta concipiebantur. *l. oratione. 16. ff. de rit. nupt.* Tacitus *lib. 11. Annal. Orationem Principis secuto patrum consulto primi Hedui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Sic oratio divi Hadriani de petitione hereditatis. *l. si & rem. 22. ff. de hered. pet.* senatusconsultum passim appellatur. *l. item veniunt. §. præterea. 6. & seqq. eod.* & quod oratione Imperatoris Severi cautum dicitur ne tutores & curatores prædia rustica vel suburbana distrahant. *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* alibi adscribitur senatusconsulto: *l. non fit. 22. ff. d. tit.*

3 Rationem hujus juris obiter indicat JC. in *d. l. cum hi.* nimirum ne homines tenues & exiguæ fortunæ, quibus plerumque alimenta relinquuntur, neglectis futuris alimentis & modica pecunia præsente contenti, facile transigant. Cui accedit & singularis hujusmodi dispositionis favor, ne pia testatorum intentio & providentia, aliorum tenuitati & indigentiæ succurrere volentium eludatur, & alimentarius contra quam prospexerit testator, postea egeat. Etenim dubium non est, quin fiat contra voluntatem testatoris, si alimenta transigendo intercipiantur? qui ideo ea in annos singulos aut in singulos menses distribuit, ut esset legatario, quod quotannis aut quot mensibus ad supremam usque senectutem suppeteret. Voluit itaque optimus & prudentissimus princeps auctoritatem magistratus hic intervenire. Cæterum prior illa ratio ducta à tenuitate alimentarii tantum est προκαταρκτική, impulsiva seu irritatrix: & ideo cessante ea non protinus cessat vis orationis: nam ut est in *d. l. cum hi. §. nihil autem. 7.* etiamsi hi quibus alimenta relicta sunt, satis sint locupletes, tamen locum habet oratio: quod forte datum favori ultimæ voluntatis, tum & hoc fortassis consideratum, posse fieri, ut quis bona sua amittat & facultatibus exuatur, atque ideo etiam spectasse testatorem. An causa alimentorum

inter

inter causas pias numeranda sit, *vid. Christin. vol.1. dec.160.* Committitur hæc res prætori *d.l.cum hi.pr.§.1. & passim.* nempe in urbe: nam in provinciis ad pro consules & præsides ea cognitio pertinet *d.l.cum hi.§.sed nec. 18. l. de alimentis. C. eod.* Interdum ad procuratorem Cæsaris in provinciis, aut præfectum ærarii in urbe res ista spectat, nimirum si à fisco alimenta debeantur *d.l.cum hi.§.transactiones.19.* Nam & alias de lite inter fiscum & privatum procuratoris Cæsaris est cognitio. *l.1. C. de jurisd.* Quod si citra auctoritatem prætoris transactio interposita fuerit, inutilis & nullius momenti erit passim *d.l. cum hi.*

4 Debet autem prætor rem cognoscere; adesse aut interesse negotio, aut transactionem citra causæ cognitionem probare non sufficit. *§. si prætor. 17.d.l.cum hi.* cui loco frustra objicitur, quod rei etiam inique judicatæ auctoritati standum est *l. servo. 65.§.2.ff. ad SC. Trebell. l. ult. ff. de just. & jur.* Nam id demum verum est, si causæ cognitio præcesserit. *l. ex stipulatione. 7. C. de sent. & interloc.* ut recte Glossa, licet à Castrensi improbata. & tunc idem locum haberet etiam in casu nostro. Sed nec in *dd. ll.* quicquam contra formam juris factum proponitur, uti hic fit, ubi hæc forma transactioni præscribitur, ut fiat auctore prætore adhibita causæ cognitione. Et quidem more majorum pro tribunali rem excutere & transactionem probare prætorem oportet, non ex plano: quæcunque enim causa cognitionem & decretum desiderant, per libellum expediri non possunt. *l. nec quicquam. 9.§.1.ff. de offic. proconf.* & ideo si de plano transactionem permiserit prætor, non eo magis rata erit transactio. *per l. minorum. C. de præd. minor. l. à procedente.C.de dilat.*

5 Cognitio hæc non est jurisdictionis ordinariæ seu proprie sic dictæ & genuinæ, sed extraordinariæ & adventitiæ, atque ex eorum genere, quæ magistratui competunt non jure sui magistratus, aut vi jurisdictionis suæ, sed ex speciali concessione legis aut Principis: & ideo nec mandare ex hac causa prætor jurisdictionem suam potest, sed ipse causam cognoscere debet. *d.l. cum hi.§. sed nec.18. junct. l.1. pr. ff.de offic.ejus cui mand. jurisd.* de quo non magis serio in *tract. de jurisd. c.8.*

6 Alimentis legatis responsum est cibaria, & vestitum & habitationem deberi quia sine his ali corpus non potest: cætera autem, quæ ad disciplinam pertinent, non contineri, nisi aliud testatorem sensisse probetur. *l.6.& l. seq. l.ult. ff. de alim.leg.* Itaque generali alimentorum appellatione continentur non solum diaria, ἡ τροφὴ, sed etiam vestiaria & habitatio, ἡ ἐσθὴς καὶ οἴκησις. Diariorum vero vel cibariorum appellatio angustior est; his enim legatis, neque habitatio, neque vestiarium debetur, sed cibus tantum, seu esculenta duntaxat & potulenta, τὰ σιτία, *spijs ende dranck.* Et sic nos sermone vernaculo distinguimus inter *onderhoud* ende *cost*, quorum illud alimentis, hoc cibariis respondet. *Grot. lib.2. introd. ad jurisp. Bat. 22.* ubi male in margine nomen *victus* positum ad declarandum.

7 Belgicum *cost*: nam verbo *victus* continentur non solum quæ esui potuique sunt destinata, sed etiam vestimenta, & cætera, quæ ad vivendum homini necessaria sunt. *l. verbo victus. 43.cum 2.ll.seqq.l.quos nos.234.§.1.ff.* de

de verb. sign. ac proinde & habitatio, *huys-vestinge*: siquidem nihil plane interest, victus. an alimenta legata sint. *l. ult. ff. de alim. leg.* Atque eadem fortasse res causam errandi dedit Groenewegio *tract. de ll. abrog. ad l. 6. eod. tit.* dum Latinum *victus* explicat per Belgicum *cost*, eoque negat habitationem contineri: quasi nomine Belgico *cost* etiam vestimenta continerentur, contra quam Grotius *d. loc.* & Latino verbo *victus* non contineretur habitatio: in quo utroque falli eum manifestum est. Nec quicquam juvat Groenewegii explicationem, quod in *d. l. verbo victus.* 43. *& seqq.* nulla habitationis fiat mentio. Hoc enim nemini mirum videri debet, cum illic agatur de victu exhibendo debitoribus, quos creditor judicatos sibi & addictos, donec solverent, quod in condemnationem deductum erat, domi suæ nexos & vinctos tenebat: nam his ex lege duodecim tabularum, nisi de suo vivere mallent, creditor alimenta victumque præbere cogebatur, ut à doctis viris pridem observatum est.

8 Cæterum hoc jam posito, alimentorum appellatione & cibaria & vestitum & habitationem contineri, qui fit, dicat aliquis, quod Ulpianus in *d. l. cum hi. §. qui transigit.* 12. negat eum, qui de alimentis transigit, de habitatione aut vestiario transegisse videri. Respondeo eum, qui simpliciter de alimentis transigit, intelligi de alimentis in specie & maxime proprie dictis, id est, de cibariis, quibus proprie corpus nostrum alitur & sustentatur, deperditumque restauratur; non de vestiario aut habitatione transegisse; tum propter favorem alimentarii, quam ob causam divus Marcus specialiter de singulis istis transigere voluit. *d. §. qui transigit.* tum propter strictam transactionis naturam. In testamentis autem plenius & liberalius defunctorum voluntates interpretamur. *l. in testamentis.* 12. *ff. de reg. jur. l. plenum.* 14. §. 2. *ff. de usu & hab.* Enimvero si de universis alimentis prætore auctore transactum proponatur, dicendum est non cibaria tantum, sed etiam habitationem, vestimenta, calceamenta, & cætera, quibus tegendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea transactione contineri. *d. l. cum hi §. arbitratu.* 16. Potest autem quis & de re una aliqua transigere, veluti de habitatione, de vestiario aut calceario, arbitrio tamen prætoris. §. *sed & si.* 13. *& seq. d. l. cum hi* sicut & de parte alimentorum. *d. l. §. arbitratu.* nec obstat, quod legatum pro parte repudiari non potest. *l. 4. ff. de legat.* 2. nam qui de parte transigit, non repudiat eam, sed aliquid pro ea accipit. Nihil quoque interest, an relicta sint alimenta in singulos annos, an in menses singulos sive dies; perpetuo, an usque ad certos annos. *d. l. cum hi. §. sive agitur.* 3.

9 Plane non protinus quod in singulos annos alicui relictum est, alimentorum contemplatione relictum intelligitur: nam si homini honestioris loci certa quantitas in annos singulos relicta sit, puta salarium annuum, vel ususfructus, honoris potius, quam alimentorum causa id relictum intelligi debet; & ideo hoc casu transactio etiam sine prætore facta valebit: nisi forte ex circumstantiis appareat testatorem de alimentis sensisse, verbi causa, si modicum quid annuum, aut modicus ususfructus relictus sit, & præsertim si homini tenuiori: nam & minuta plerumque sunt, quæ alimentorum

torum

torum causa relinquuntur, & tenuioribus ἐπὶ τὸ πλῆθος alimenta relinqui solent. Hæc vera est Ulpiani in *d.l. cum hi.* §. 23. sententia. Ac proinde male ex hoc loco

10 Costalius & Busius colligunt, hominem honestioris loci de alimentis sibi relictis etiam inconsulto prætore transigere posse; omniaque privilegia, quæ alimentorum causæ tributa sunt, cessare, si alimenta relicta sint homini locupleti: nam cum quid nominatim alimentorum causa relinquitur, nihil interesse locupleti id, an pauperi relictum sit, manifeste liquet ex §. *nihil autem 7. d.l. cum hi.* Ubi vero simpliciter aliquid in annos singulos relictum est, tunc adhibenda superior illa distinctio: & ita Paul. de Castro.

11 Quicquid autem alimentorum gratia relictum esse apparet, ad orationem pertinet. Unde etiam si integra quantitas alicui legata fuerit, ut ex usuris ejus se alat, & mortis tempore sortem restituat, non cessabit oratio, licet non in annos singulos id relictum videatur. §. *si integra.* 4. *d. l. cum hi.* Neque interest, utrum nummi, an vinum, oleum, frumentum ad alimenta sint relicta. *d. l. cum hi.* §. *si cui.* 24. In summa, etiamsi lis sit & dubitetur an alimenta debeantur, tamen de lite transigere inconsulto prætore non licet, ne circumveniatur oratio. *d.l. si cui.* §. *si cum.* 20.

12 Omnino autem nihil eorum, per quæ conditio alimentorum deterior reddatur, absque prætore fieri potest; veluti si agatur de fundo ad alimenta relicto distrahendo, vel de obligato in causam alimentorum liberando: nam neque legatus alienari, neque obligatus solvi sine decreti interpositione potest. §. *si uni.* 15. *d.l. cum hi.* Exoritur hoc loco quæstio. fundo ad alimenta legato, utrum proprietas an ususfructus debeatur. Accursius ait proprietatem quidem legatam videri, sed interim duntaxat dum alimenta durant, atque hactenus, ut si quid superfluum inveniatur in reditu prædii, quam in quantitate alimentorum, id etiam sibi habeat legatarius. Albericus, Bart. Bald. Castr. Jason contra, tale legatum etiam ad heredes legatarii transire; quibus assentior. Nam & Modestinus in *in l.* 4. *ff. de alim. legat.* diserte ait ipsum prædium in proposito legatum videri, ut pleno dominio istud legatarius habeat, non per solum usumfructum, eoque post diem legati cedentem mortuo ad heredes ejus transmitti; & idem Ulpianus quoque non obscure indicat in *d.l. cum hi.* §. *si uni.* 15. cum ait prætorem de fundi ad alimenta legati distractione & transactione arbitrari debere; nisi enim tali legato proprietas pleno & perpetuo jure data intelligeretur, ne prætore quidem auctore ejus distractio fieri posset. Itaque licet facta sit alimentorum mentio, quæ morte finiri solent, tamen plena proprietas legata intelligitur, & in heredem, legatarii fundus ita relictus transmittetur, & consulto prætore etiam alienari poterit. quippe illa verba *ad alimeta*, magis ad causam legandi pertinent, quam ad usumfructum constituendum *l. pen. in fin. ff. de alim. legat.* & ita etiam Cujacio videtur.

13 Pertinent autem hæc omnia ad alimenta, quæ testamento aut qua alia suprema voluntate defuncti relicta sunt: non ad ea, quæ ex conventione non mortis causa debentur, nam de his etiam sine decreto transigi potest. *d. l. cum hi.* §. *hac oratio.* 2. Differentiæ ratio petenda à favore propositi &

enixæ

enixæ voluntatis defuncti alimentario consultum cupientis; quam voluntatem ideo & senatus subsecutus est. In conventionibus vero non eadem est contrahentium providentia: sed promissor fere sibi potius consulit, quam alimentario, divitiis scilicet pensionibus. Quæ ratione etiam fit, ut alimentorum legatum sit multiplex stipulatio una: ut legatum morte finiatur, stipulatio non item: quod tamen fieret, si creditori prospiciendi causa contraheretur stipulatio. *l.4.l.8.l.cum in annos.11.ff.de ann.leg.l.si Stichum.16.§.1.ff.de verb. oblig.* Sed & obligatio ex consensu contrahentium orta, eorundem dissensu rectissime dissolvitur. *l. nihil tam naturale.35. de reg. jur. add. Moller.lib.5.semest.diff.42.Don.ad l.8.C.hoc tit.n.8.* Sive autem ultima voluntate testati, sive extra testamentum ultima voluntate intestati alimenta relicta sunt, oratio locum habet; nec refert per legatum aut fideicommissum relicta sint, an conditionis implendæ gratia, aut mortis causa donata, aut ab eo relicta, cui mortis causa donatum est. *d.§. hac oratio.* nam & mortis causa donationes & capiones legatorum instar obtinent: & is, cui mortis causa donatum est, quasi legatarius fideicommisso onerari potest. *l. ab eo 9. C. de fideicomm.*

14 Sed tamen an oratio pertineat etiam ad alimenta mortis causa ab intestato donata dubitari posse ait Borcholtus *tract. de transact. C.3.n.35.* Ratio dubitandi, quia cum duplex sit, inquit mortis causa donatio, una, quæ testamento relinquitur; altera, quæ fit ab intestato. *l. tam is.25. ff. de mort. ca. don.* prior illa duntaxat legatis comparatur, non item altera. *l. si filius. 21.§.1.de leg.præst.cont.tab.* Attamen, inquit, dicendum est etiam ad alimenta, quæ mortis causa donata sunt ab intestato, orationem pertinere; quoniam ICtus non distinguit, utrum mortis causa testamento relicta, an ab intestato eadem contemplatione donata. Sed quis Borcholtum docuit donationem mortis causa posse testamento relinqui, aut ab intestato factam legatis non comparari? Utique hoc non didicit à Doctore suo Jacobo Cujacio, qui quidem *lib.3.obs.17.* quod à D. Severo constitutum dicitur *l.5.C.ad leg. Falc.* ut legis Falcidiæ ratio etiam in mortis causa donationibus habeatur, restringit ad casum facti testamenti: non autem, quo donatio hujusmodi testamento relicta. Longe enim aliud est in testamento aliquid dare, aliud facto testamento; cum id fieri possit etiam extra testamentum. & ita cape *d.l.25. de mort.ca.don.* Sic codicilli testamento facto recte fieri dicuntur. *l.8.l. ab intestato.16.ff.de jur.codicil.* Nemo tamen dixerit codicillos in ipso testamento fieri posse: quod non absurdum tantum, sed etiam contradictione implicatum est. Et quæso quid aliud sunt donationes testamento relictę, quam ipsa legata? *l.legatum.36.de legat.2.§.1.Inst.eod.* Sed neque leges, quæ de comparatione aut exæquatione mortis causa donationum & legatorum loquuntur. *l. Marcellus.15.l. & si debitor.17.l. illud. ff. de mort.ca. donat.l.ult. C. eod.§.1.Inst.de donat.* distinguunt, utrum testamento facto mortis causa donatio fiat, an non facto. Nam cum nihil commune habeat donatio mortis causa cum testamento, quid refert testamento condito facta sit, an ab intestato? Agnovit hoc quoque postea Cujacius,

cius, & mutata in melius sententia etiam in donationibus mortis causa ab intestato factis Falcidiam admisit, *lib. 20. obs. 6.*

15 Quod autem Marcianus in *l. si filium. 21. §. 1. de legat. præst. cont. tab.* ait, si pater intestatus decesserit, super donationibus mortis causa factis filium emancipatum queri non posse, quoniam eo casu nulla occurrat donationis mortis causa cum legatis comparatio, in eo ICtus respicit ad edictum de legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita; quæ in eum solummodo casum proposita fuit, ubi testamentum factum est, & per contra tabulas bonorum possessionem eversum. Nam id edictum non absurde ad donationes mortis causa produci, ubi testamentum conditum est, potuit. *d. l. 21. pr. eod. tit.* at non æque in casu intestati petita bonorum possessione unde liberi: quo casu si donationes immodicæ fuerint, non aliud remedium superest, quam querela inofficiosæ donationis. *tit. C. de inoff. donat.* Sed hæc ἐν παρέργῳ.

16 Vult igitur oratio prætorem hic intervenire, & apud eum quæri, utrum permittenda sit transactio, nec ne. In primis autem quærendum est de causa transactionis; nam neminem sine causa transigere volentem audiet prætor. *d. l. cum hi. §. 8. & seq.* ubi & quid requiri in causis transigendi soleat, docetur. Deinde inquirendum de modo transigendi, & transactionis quantitas pro ætate & valetudine transigentis arbitranda. *d. l. cum hi. §. vult. 8. & §. modus.* in cujus §. fine quod dicitur alimenta cum vita alimentarii finiri, id quidem & ipsum obtinet, cum quid annuum aut in annos singulos relictum est citra contemplationem alimentorum. *l. 4. l. 8. ff. de ann. leg. l. si Stichum. 16. de verb. oblig.* sed tunc cessat oratio §. *si in annos 23. d. l. cum hi.* Postremo & Personæ transigentium considerandæ. *d. §. vult. 8.* & in persona alimentarii spectandum sitne vitæ frugi, & qui alias sibi sufficere possit; an sequioris, qui de alimentis dependeat. In persona ejus, à quo alimenta relicta sunt, cujus sit propositi & existimationis, quæ ejus facultates §. *sed & 11. d. l. cum hi.* Ad personas quoque referri potest, quod nec plurium alimentariorum inter se facta transactio sine prætoris auctoritate rata sit, qui casus est §. *si uni. 15. d. l. cum hi.* Ratio est, quia in præjudicium alterius vergere transactio potest. Eodem quoque refero speciem. §. *sed & si. 5. d. l. cum hi.* ubi dicitur orationis locum non esse legatario aut fideicommissario à quibus alimenta relicta sunt, transigentibus. Minimum etsi non licet alimentario sine prætore transigere cum eo, à quo alimenta relicta sunt, sive is heres sit, sive legatarius aut fideicommissarius; nihil tamen impedimento est, quo minus legatarius aut fideicommissarius cum herede de re aut quantitate sibi relicta transigant; cum horum transactione jus alimentarii non minuatur. *d. §. sed & si.* ubi pro *ad hoc* quidam codices habent *ab hoc.* ut Accursius notat. & rectius censet Cujacius, quoniam de relicto per fideicommissum agitur.

17 Quæri & hic potest, & solet idem, quod in transactione de controversiis ex testamento ortis, facta cum renuntiatione inspectionis tabularum, eaque jurata, ut cap. præced. quid scilicet juris sit, si alimentarius sine prætore

tore quidem transegerit, sed transactionem firmaverit juramento, an non saltem jurata transactio de alimentis valere & rata atque efficax esse debeat, quamvis inconsulto prætore facta? & hic quoque eodem modo, quo illic, respondendum est; si de jure civili quæratur, nullos in universum actus illo jure invalidos aut legibus improbatos firmari accedente juramento. *l. 5. C. de leg.* Juris vero Canonici alia ratio est, quippe secundum quod jusjurandum omne validum est, quod sine dispendio salutis servari potest, *C. quamvis. de pact. in 6.* Jam vero apertissimum est ob civilem duntaxat rationem transactionem hic prohiberi, alioqui & perpetua fuisset ista prohibitio, & semper solennitas ista obtinuisset, quæ tamen primum auctorem habet D. Marcum. Quod si naturalem aut moralem haberet prohibitionem, ne jure quidem Canonico juramento firmaretur. *c. non est oblig. de reg. juri in 6. vid. Covar. in d. c. quamvis. p. 2. §. 6. n. 12. Fachin. 3. contr. 21.* Subjungamus nunc aliquot exceptiones sive casus, quibus transactio cum alimentario facta etiam circa prætoris auctoritatem rata habetur. Casum unum habemus in *§. eam transactionem. 6. d. l. cum hi.* nempe si alimentarius transigendo conditionem alimentorum fecerit meliorem. Etenim Divo Marco propositum fuit alimentario prodesse, non officere, aut commodis ejus obstare.

18 Cæterum quod in *pr. d. §. eam transactionem.* dicitur oratione improbari eam transactionem, quæ ideo fit, ut quis repræsentatam pecuniam consumat, ei obstare videtur, quod mox subjicitur, posse & inconsulto prætore transigi, ut quod per singulos annos alimentario relictum est, consequatur per singulos menses, aut quod per singulos menses relictum, consequatur per singulos dies. Non enim perpetuum aut absolute verum est, quod Ulpianus ait, tali transactione meliorem fieri conditionem alimentarii: fieri enim potest, ut alimentarius pecunia repræsentata statim consumpta in reliquum tempus egeat. Dicerem potius Divum Marcus eas solummodo transactiones prohibuisse videri, per quas alimenta intercipiuntur. In casu autem proposito, etsi unius anni aut mensis alimenta repræsentata citius consumpta sint; sequentium tamen annorum & mensium salva manent; & fieri ex contrario quoque potest, ut egeat alimentarius, si finito demum anno alimenta consequatur. Et hanc etiam ipsius Ulpiani sententiam fuisse arguit ratio, quam reddit in fine ejusdem loci.

19 Casum alium, quo transactio rata est etiam citra prætoris auctoritatem, habemus in *d. l. cum hi. §. ult.* nempe si ad habitationem relicta si certa quantitas annua, & sine arbitrio prætoris ita transactum sit, ut præstetur habitatio. Ratio est, qui in hac specie satis fit voluntati testatoris. Illud enim curandum non est, quod ruinæ aut incendio subjecta est habitatio: nam & alias quoque ratio non habetur damni, quod non inconsulte, sed fato contingit. *l. verum. 11. §. item non. 4. ff. de minor. l. 1. §. si magistratus. 11. ff. de magistr. conven.* Ex contrario quoque si pro habitatione, quæ relicta erat, convenerit, ut certa quantitas præstaretur, valet transactio & citra prætorem. *d. l. cum hi. §. ult.* quoniam, ut recte Bartolus, per hujusmodi transactionem non receditur à forma legati, nec alimentarii conditio deterior efficitur, ut

dici

diei possit non satis fieri voluntati testatoris. Intelligendus autem haud dubio locus est de quantitate annua, & qua commoda habitatio conduci possit.

20 Potest denique huc referri & species *l. pen. d. l. cum hi.*. quæ quodammodo media videtur: videlicet si convenerit, ut alimentarius pro vino, & oleo &c. ad alimenta relictis, nummum quotannis aut quot mensibus acciperet: aut ex diverso, ut pro nummis eadem contemplatione relictis acciperet frumentum, aut alia ad victum necessaria, genere tantum mutato. Etenim transactio quidem etiam sine prætore in hisce speciebus fieri potest: cæterum non aliter, quam si utilis sit alimentario, recipietur: sin minus, rejicienda est; ejusque rei arbiter & disceptator prætor erit: quippe qui non tantum permittendæ transactionis causa decretum interponit ex SC. sed & cum se inconsulto transactio facta est, de ea disceptat, rejicienda ea sit, nec ne.

21 Antequam hinc abeo, hoc unum adhuc expediendum, an quis alimenta sibi relicta donationis causa ex liberalitate remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætorem pacisci liceat. Negat id Costalius in *d. l. cum hi.* & ita Glossam & DD. omnes sentire ait, præter Fulgosium. Utique non omnes, qui admittunt gratuitam de rebus testamento relictis pactionem sine inspectione tabularum, eandem quoque admittunt in quæstione hic proposita: sed qua ratione moveri potuerint, ut in uno pactionem rejicerent, in altero admitterent, equidem non video. Nam illa Cujacii ducta à transactione ad pactionem, aut aliorum à favore ultimæ voluntatis, non magis in uno quam in altero locum habere potest. Et omnino veriorem hic quoque esse existimo sententiam affirmantium, Fulgosii, Jasonis, *Don. in l. 8. C. hoc tit. Connan. 5. coman. 7. Bachov. C. 2. ad h. tit. n. 7.* Cujus ego assertionis firmamenta hæc habeo. Primum, quia pactio nullibi prohibetur, sed tantummodo transactio; quæ prohibitio cum sit contra regulas juris communis, non est producenda ad consequentias. *l. quod vero. 14. & seq. ff. de legib.* Visum quippe est testatoris voluntatem conservari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non ei, qui contemneret. Et in eos duntaxat casus leges providere solent, in quos proclivior est excessus. *l. 4. §. 1. ff. ad SC. Vell. pr. Inst. quib. alien. lic. & tit. Inst. de leg. Fus. Can. toll.* Nemo autem facile quicquam remittit gratis, quod donare est & perdere. *l. cum de indebito. 25. ff. de probat. l. si quis. 11. ff. de novat.* Secundo quia unusquisque quod sibi relictum est, repudiare & contemnere potest. Et quæso qua ratione quis impedietur, quominus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? Tertio quoniam in pacto simplici cessat ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris desiderat ne scilicet alimentarius circumveniatur: neque enim qui ultro remittit, decipi videri potest. sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum præsens habere, quam singulis annis particulam. Non movet, quod ne fundum quidem in alimenta oppigneratum alimentarius liberare potest. *§. si unus. 15. d. l. cum hi.* nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio de-

terior fiat. Nec obstat ejusdem *l. cum hi.* §. *si prætor.* 17. quoniam illic non de alimentario remittente; verum de prætore negligente & citra causæ cognitionem transigi permittente agitur.

CAP. VII.

Quatenus in causis criminalibus transactio permissa. ad l. transigere. 18. C. h. t.

SUMMARIUM.

1 *Capitale crimen quid, & unde dicatur.*
2 *Capitale interdum id solum significat, quod vindicatur morte.*
3 *Ratio ob quam transactio in causa sanguinaria permissa tum reo, tum accusatori.*
4 *Reum quovis tempore transigere posse.*
5 *Accusatorem inchoata demum accusatione.*
6 *Confutatio distinctionis Pacianæ.*
7 *Occurritur D. Matthæo contendenti accusatorem post institutam accusationem impune non posse transigere.*
8 *Effectus hujus transactionis.*
9 *Per hanc transactionem non fieri præjudicium causæ publicæ.*
10 *Non eandem hic transactionis vim esse, quæ rei judicatæ.*
11 *Crimen non perimi abolitione.*
12 *An magistratus nullo existente accusatore, ex officio in crimen inquirere possit.*
13 *Transigi non posse super crimine fustigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente.*
14 *An transactio permittenda in crimine majestatis & parricidii.*
15 *Explanatur l. ult. C. de abolit.*
16 *Quid si delictum tale sit, quod ordinarie pœna mortis non punitur; sed cujus pœna ex circumstantiis ad mortem usque extendi possit.*
17 *Crimen adulterii an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter.*
18 *Rationes ob quas de prima regula l. transigere. excipiatur adulterium.*
19 *An licita transactio de raptu.*
20 *An de stupro.*
21 *An de incestu.*
22 *Exponitur l. 1. §. 3. ff. de calumniat.*
23 *An etiam pactio in criminibus non capitalibus prohibita.*
24 *Pœna post litem contestatam de crimine non capitali transigentium, tum actoris tum rei.*
25 *An reus pendente judicio transigens habeatur etiam pro condemnato.*
26 *Quid hic in pactione gratuita.*
27 *Quid in transactione aut pactione facta ante judicium institutum.*
28 *Notatur aliquid singulare in crimine adulterii.*
29 *An in privatis criminibus licita transactio.*
30 *Quibus rationibus moti plerique interpretes putaverunt crimen falsi excipi de regulæ secunda l. transigere.*
31 *Confutatio hujus sententiæ.*
32 *Verbum* citra *apud bonos auctores nunquam usurpari pro* præter, *ut sit nota exceptionis.*
33 *Apud auctores hujus rescripti semper pro* sine.
34 *Apud Papinianum l. ult. ff. de calumniat. notam exceptionis esse non posse.*
35 *Vocem* præter *non semper denotare exceptionem.*
36 *Postrema clausula hujus rescripti contineri legis sanctionem.*
37 *Refellitur prima exceptionis ratio.*
38 *Secunda ratio exceptionis rejicitur.*
39 *Ostenditur locos, qui ad probandam exceptionem afferuntur, nihil minus probare.*
40 *Verborum* citra falsi accusationem *verus sensus.*
41 *Francisci Hottomanni metathesis improbatur.*
42 *Dispositio* l. transigere, *hodie fere cessat & inutilis est.*

NOn omnes causæ, quantumvis dubiæ, sunt idoneum subjectum transactionis; sed civiles duntaxat, non criminales; quippe in quibus non privata,

privata; sed publica causa agitur. Pactiones autem nisi quæ de re privata fiunt, non valent. *l.6.§.si paciscar.14. & §.generaliter.16. l.si unus.17. §.4. l.jus publicum.38. ff. de pact.* Enimvero admissa est species quædam transactionis in criminibus capitalibus, non equidem jure aliquo pactionis aut transactionis genuinæ, sed miserationis quadam ratione atque intuitu duntaxat. In quam rem extat rescriptum Impp. Diocletiani & Maximiani *l.transigere.18. C.hoc tit.* in hæc verba. *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam, non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.*

Hujus rescripti duæ sunt partes: una est de criminibus capitalibus; altera de non capitalibus.

1 Capitale crimen à capite dicitur; facinus nimirum capite luendum: nam capitale est, quod capitis pœna luitur. In sanctionibus antiquis *Capital.* vocatur. *Cic.2. de legib. Fest.* in voce *Capital. l.ult. §.1.ff. de term. mot. l. omne delictum.6. §. si quis.6. ff. de re milit.* Est autem pœna capitalis perquam caput eximitur de civitate, sive id fiat morte sive maxima aut media capitis deminutione. *l. licet capitalis.103. ff. de verb. sign.* Hinc capitalia judicia, quorum pœna vel mors est, vel deportatio sive exilium aut aquæ & ignis interdictio; vel metallum. *l.2. ff. de publ. judic. §.2. Inst. eod.* & rei capitalis damnatus, interpretibus Ulpiano & Africano, ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. *l.2. ff.de pœn. l.edicto.13. ff.de bon. poss.* atque ita passim. *l.eum.10. ff.de jur. patron. l.qui cum 14. §.2. ff de bon.libert. l.4. pr. ff. si quis caut. jud. sist.* Græci in Basil. τὰ κεφαλικὰ θάνατον δηλοῦσι, καὶ πολιτείας ἔκπτωσιν. capitalia mortem significant & civitatis amissionem. Nimirum civitatis amissio morti similis est, & mors quædam civilis. *§.1. Inst. quib. mod. patr. pot. solv. l.1. §. filium.8. ff. de bon. poss.cont.tab.* Unde veteres dicebant, interire homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione; *l. verum.63. §.societas. ult. ff. pro soc.* Sed & omnis causa existimationis Latine loquentibus capitalis dicitur. *d. l. licet capitalis.103. ff. de verb. sign.* quamvis civilis causa sit, nec ex ea sequatur capitis ulla deminutio, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Quintio, & ita veteres glossæ, *capitalis*, ἀτιμόνοιος, id est, capitalis causa est, quæ irrogat infamiam, cum tamen per solius infamiæ irrogationem nemo capite minuatur. Sed hoc improprie & significatu latiore: credo quia viris bonis non minus acerba famæ & existimationis jactura, quam vitæ. Et ideo Modestinus in *d. l.103. de verb. sign. licet*, inquit, *capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis. vel amissionis civitatis intelligenda est.* Et Cicero quoque *lib.9. epist.21. ad Pæt.* judicia capitis & famæ diserte separat.

2 Interdum vero *capital.* id solum significat, ob quod caput non de civitate, sed de medio hominum tollitur sive cujus pœna mors est naturalis, & supplicium supremum. *l.relegati.4. ff.de pœn.* ubi Marcianus, mortis quæ sola est, pœnam capitis vocat, & deportationi opponit, & sic in *l.castitati.9.*

C. ad leg. Jul. de adult l. un. C. de crim. pecul. §. item lex Julia.8. & § seq. Inst. de publ. judic. pœna capitalis capitalis animadversio, supplicium capitale, pro summo accipitur, κατ' ἐξοχὴν videlicet, ut & alias judicium capitale pro αἵματος δίκη, seu sola causa sanguinis. Atque in postrema hac significatione etiam in hoc nostro rescripto crimen capitale sumitur, nimirum cujus non alia pœna, quam mors est. Id vero ita esse & oppositio sequens. *In aliis autem criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, &c.* demonstrat: atque ut hoc ab Impp. expressum non esset, ex aliis tamen locis sic hunc interpretandum esse disceremus. *l.1. ff de bon. eor. qui ant. sent. l.ult. ff. de prævar.* ut taceam quod ratio, quæ hoc jus extorsit, idem manifeste ostendit. Falluntur autem nimis aperte, qui huc etiam pertinere putant crimina, quæ qualemcumque pœnam corporalem continent, puta fustigationem, aut membri mutilationem; de quibus postea uberius.

3 Ajunt Impp. *Transigere vel pacisci de crimine capitali prohibitum non est.* Hæc pars rescripti prima. Admissa igitur hic est & pactio gratuita, & transactio; ut scilicet & reo liceat etiam cum pretio pacisci, & accusatori cœptam accusationem deserere sive gratis sive accepta pecunia. Nimirum, ut ante quoque dixi, admissa est in criminibus capitalibus, id est, iis, quæ sanguinis pœnam irrogant, transactionis quædam species atque imago: quoniam & accusatori causam cœptam omittere, & reo permissum est accusatori, ut omittat, aliquid dare: in quo similitudo transactionis. Proprie enim nulla transactio, nullum pactum est, nisi de re familiari, & quam quisque, ut ad se pertinentem, remittere potest. *l.7.§.si paciscar.14.ff. de pact.* Ratio autem, ob quam transactio hic permissa, non alia est, quam respectus quidam miserationis, quod Principes ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. *l.1. ff. de bon. cor. qui ant. sent. l. ult. ff de prævar.* ex humanitate sic interpretantes, si quid reus accusatori dederit eumve corruperit, quasi id fecerit territus potius gravitate & magnitudine periculi, salutisque & vitæ suæ redimendæ gratia, quam conscientia sceleris. Hoc autem admisso in persona rei, ut scilicet is de crimine capitali impune transigat, neque ob id pro convicto habeatur. *d. l.ult. ff. de prævar.* in consequentiam actori quoque impune esse debuit, si is ex pactione ab accusatione desisteret, accepta licet pecunia: cum alioqui transactionem nunquam sit admissurus, & ita futurum sit, ut miseris reis spes omnis redimendæ salutis suæ præcidatur. Proinde accusator desistens non modo non incidit in pœnam talionis, sed nec in pœnam SC. Turpiliani pecuniariam, de qua in *l. 5. §. ult. ff. de prævar.* neque etiam ut prævaricator damnari debet. *l. ult. d. tit.* Eadem ratione nec abolitionem ab accusatione desistens impetrare necesse habet. Etenim si desistere sine pœna SC. potest, qui Principe permittente desistit. *l. destitisse.13.§.1. ad SC. Turpill.* poterit & qui desistit permittente jure publico *l. Gracchus. C ad leg. Jul. de adult.* Et igitur loci, quibus generaliter definitur eum, qui cum adversario de crimine transigit, incidere in pœnam SC. *l.1.§.si quis.7. l.6. pr. l. in senatusconsultum.15. pr. ff. ad SC. Turpill. l.2. l.3. C. de*

C. de abolit. aut restringendi sunt ad crimina non capitalia, seu quæ pœnam sanguinis non ingerunt, de quibus citra abolitionem transigére non licet: aut si ad crimina quoque capitalia eandem definitionem pertinere volumus, addenda erit exceptio, nisi ex transactione cum reo facta accusationem omiserit.

4 Et reus quidem quovis tempore impune transigere potest, id est, tam ante, quam post accusationem institutam: eadem enim utroque casu permissionis ratio est, eadem magnitudo periculi sive accusatio immineat, sive pendeat, scilicet mortis, ut nulla plane hic occurrat distinctionis aut restrictionis ratio. Denique leges quoque, quæ reo in causa sanguinis transigere permittunt generaliter atque indistincte loquuntur. Sed de accusatore quæsitum est, an & ipsi utroque tempore permissa de crimine capitali transactio.

5 Et puto ego non esse. Ratio est quia ante cœptam accusationem minæ de accusando speciem concussionis habent: ac proinde si quis accusationem minatus non gratis, sed accepta pecunia desistat, procul dubio incidit in crimen concussionis. *l. 2. ff. de concuss.* quod & Hotomannus benè observavit *c. 23. illust. quæst.* Deinde cum, ut supra quoque diximus, transactionem hic defendat, aut excuset potius ratio miserationis, nulla hæc est respectu accusatoris, quo tempore liberam adhuc accusandi potestatem habet, aut non accusandi. Itaque non valet hic argumentum à reo ad accusatorem. Hoc ergo dicimus, accusatorem inchoata demum accusatione impune transigere: & ratio est, quoniam jam ipse quoque accusator sanguinem suum redimit propter periculum talionis, quæ ex secutura mox in crimen subscriptione eum manet. *l. ult. C. de calumniat. l. ult. C. de accus.* Quid post inscriptionem? Puto etiam tunc posse: quia cum eo tempore vel maxime talione obstringitur, metu tanti periculi ab accusatione destitisse videri debet. Video tamen hanc temporis in accusatore distinctionem à plerisque aut omitti, aut contemni, ab aliis nec reo semper parci.

6 Julius Pacius in *l. transigere. n. 20.* tribus modis contingere ait, ut accusator accepta pecunia discedat à judicio. Aut enim mala fide, inquit, crimen intentavit, ut per concussionem metu illato pecuniam à reo extorqueret, nolens aliter quam accepta pecunia quasi calumniæ pretio, reum dimittere: aut reus suæ causæ diffidens pecuniam dedit, ut accusatorem corrumperet: aut denique pecunia data est, quia cum causa esset dubia, de ea transegerunt. Primo casu punitur, inquit, accusator propter calumniam & concussionem. Altero casu punitur reus propter corruptionem accusatoris: tertio casu cum transactio est permissa, ut in specie proposita, neuter punitur. De postremo casu facile Pacio assentior. sed & de primo non repugno: nam si accusator ipse exigat pecuniam, ne alia lege se ab accusatione destitutum minetur, vix est, ut accepta pecunia non incidat in crimen concussionis: quamvis si ultro oblatam à reo eadem lege acceperit, ignoscendum ei videatur. Cæterum quod secundum casum attinet, in eo prorsus à Pacio dissentio, cum utique reo liceat quocunque modo sanguinem suum redimere, atque accusatorem suum etiam pretio dato corrumpere, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de præ evar.*

7 Antonius Matthæus *lib. de criminib. ad tit.19. lib.48. ff. c.7.* converso modo distinguit, contendens accusatorem ante institutam accusationem absque ulla fraude sua transigere: post institutum vero judicium, si transigat, incidere in SC. Turpillianum: quippe in quod incidant omnes, qui non impetrata abolitione accusationem omittunt, *l.1. l.2. C. de abolit.* Itaque ex sententia D. Matthæi nunquam ei, qui re ipsa accusator est, impune licebit transigere; sed ei duntaxat, qui τῇ δυνάμει, qui crimen comperit, & abusive accusator dicitur, propterea quod accusator esse potest. Atqui diserte responsum est eum, qui ob non accusandum pecuniam accepit, concussionis teneri. *l.2. ff. de concuss.* quo colore, ergo dicemus eum posse impune transigere? Rursus si dicimus actorem post constitutum judicium transigentem incidere in pœnam Turpilliani, futurum est, ut ipsi quoque reo inutilis sit transactionis permissio, eo quod metu hujus pœnæ à transactione deterrebitur actor; & sic reo fructus earum constitutionum auferetur, quæ sanguinem suum redimenti ignosci volunt. Sed & omnino probabile est, rescriptum ipsum Impp. directum fuisse ad accusatorem post institutam accusationem de transactione meditantem, & super hoc consulentem Principes. Tametsi autem non quemvis actorem, crimine non probato, statim talio manet, sed eum duntaxat, quem calumniatum esse judex pronunciaverit. *l.1. §.3. & 4. ff. ad SC. Turp.* sufficit tamen, quod similitudine supplicii obligatus sit, & non probato crimine ut calumniator damnari possit: etiamsi forte falsum crimen non intenderit, sed tantum in probatione defecerit. Sed inquit, D. Matthæus rescriptum in *l.2. C. de abolit.* non potest intelligi de crimine non capitali, cum eodem rescripto jubeatur in reum inquisitio fieri: de crimine autem non capitali transigens pro victo habeatur. *l.ult. ff. de prævar.* At inquam, sic argumentando videtur vir doctus in partes nostras transisse. & fateri reum super causa capitis transigentem pro victo non haberi, propterea quod in crimen adhuc inquirendum sit: quod & nos ultro fatemur. Verum & hoc insuper addimus, non continuo etiam reum, qui de crimine capitis pœnam non ingerente transegit, ad supplicium rapi: sed quamvis gravissimo se oneret præjudicio & juris præsumptione, quod conscientia criminis adversarium corruperit, opus tamen adhuc esse ampliori cognitione antequam sequatur damnatio, ut recte Baldus in *d. l. transigere. columna ult. Borcholt. c.3. n.80. fac. l. ejus qui. 29. ff. de jur. fisc. l.1. §. Divus 17. de quæst.*

8 Effectus hujus transactionis est, ut neque reo, neque actori noceat, id est, ut nec reus transigens pro confesso & convicto habeatur (quod alias fieret *l. ult. ff. de prævar.*) nec accusator in pœnam prævaricantium aut senatusconsulti Turpilliani, talionisve incidat, ut supra dictum est. Deinde reo non modo non nocet transactio, sed etiam prodest; nimirum ad hoc, ut idem ille accusator repetere accusationem non possit, sed reus ab illo liberetur: ait enim JC. in *d. l.1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* reos sanguinem suum redimere posse. atque ita ab accusatore liberari.

9 Non tamen ob id præjudicium fit causæ publicæ, siquidem privata

pactione

pactione publica coërcitio tolli non potest. *l.5. ff. de pact. dotal.* nec patitur publicæ disciplinæ vigor, ut delicta maneant impunita. *l. ita vulneratus. 51. §. æstimatio. ff. ad leg. Aquil l. locatio. 9. §. quod illicite. ff. de public.* Itaque cum hujus transactionis non ea vis sit, ut crimen perimat, sed accusationem duntaxat, & hactenus ut illa ab eodem repeti non possit, sequitur omnino reum adhuc aliorum accusationi obnoxium manere, cum publicorum judiciorum accusatio cuivis è populo pateat. §. 2. *Inst. de publ. judic.* Atenim, inquies, non minorem authoritatem habet transactio, quam res judicata. *l. non minorem. 20. C. de transact.* absolutio autem à judice facta crimen perimit, ita ut nec alius ad accusandum eum, qui sententia judicis liberatus est, admittatur, nisi novus accusator suum dolorem persequatur, ignarus accusationis ab alio institutæ, aut priorem accusatorem prævaricationis convincat. *l.7. §.2. de accus. l.11. C. eod. l.3. §.1. de pravar. l. si cur. 7. §.2. ff. de accusat. l.9. l.11. C. eod.*

10 Respondeo, comparatio illa transactionis & rei judicatæ non procedit in omnibus: neque enim ut res judicata pro veritate habetur. *l. ingenuum. 25. ff. de stat. hom.* ita & transactio. Transactio inter heredem scriptum & legitimum facta non impedit, quo minus legatarii & fideicommissarii cum herede scripto in solidum experiantur. *l. 3. pr. ff. hoc tit.* eaque non obstante testamentum in suo jure manet. *l. si suspecta. 29. §.2. ff. de inoff. test.* secus est, si contra testamentum pronunciatum sit. *l.8. §. pen. l. cum mater. 28. ff. d. tit.* quanquam jure novissimo nihilominus legata ex eo debeantur. *auth. ex causa. C. de lib. prater.* De criminibus omnibus judicari potest, transigi non item. Res judicata paratam habet executionem transactio non habet: ac proinde mirum non est absolutione crimen tolli: quamvis non tollatur transactione.

11 Sed nec abolitione magis, quam transactione crimen perimitur. Nam quod scriptum est in *l. 1. C. de abolit.* interveniente abolitione crimen sopiri, non hoc significat, crimen perimi aut extingui: quippe sopita suscitari queunt, perempta nunquam reviviscunt. Sed & crimen illic positum est pro criminatione sive accusatione, quod minime est insolens *l. 1. §. 2. ff. de susp. tut. l. propter. 21. ff. de SC. Silan. l. ult. ff. ad leg. Iul. majest.* atque id respectu accusatoris dictum intelligi debet, cui sopitum abolitione crimen, sine supplicatione renovare non licet: ad reum vero quod attinet, is & ab alio accusatore, & ab ipso quoque judice repeti potest, ut recte D. Matthæus. *d. c. n. 7.*

12 Quid vero si post transactionem aut pactionem unius accusatoris nemo alius reperiatur, qui accusare velit, an impunitum manebit facinus? Respondemus posse adhuc magistratum ex officio procedere & in crimen inquirere, atque in convictos animadvertere. per *l. congruit. 13. ff. de offic. præs. l. 1. in pr. C. de cust. reor. l. 7. C. de accusat. Nov. 128. c. 21. Fachin. l. contr. 34. & ibi citat.* Bene autem idem Fachinæus eodem loco monet, eam inquisitionem non posse incohari, nisi legitima diffamatione, legitimisque indiciis atque argumentis præcedentibus. Jure Canonum res hæc plane certa est atque explorata *c. qualiter & quando. de accus. & inquisit.*

13 Quoniam autem diximus primam hujus *l. transigere.* partem pertinere ad crimina, quæ mortis pœnam inferunt, hinc apparet, transigi non posse de crimine, quod fustigationem continet. Ratio est, quia ea pœna non est capitalis, sed toto genere à capitali secernitur. *l. 2. in fin. ff. de publ. judic.* Sed nec in membri mutilatione procedet transactio: quippe membro amputato manet nihilominus homo incolumis: aperteque labitur *Gomez. 3. resol. 3. n. 54.* & *Clar. §. fin. pract. crim. quæst. 58. n. 7.* & 8. in quavis corporali pœna transactionem admittentes. De portatio quoque toto gradu à mortis pœna distinguitur *l. capitalium. 28. in fin. pr. ff. de pœn.* & demum in insulam deportato, si interdictis locis excedat, capitis pœna irrogatur. *l. 4. ff. d. tit.* ac proinde dicendum est, nec in crimine, cujus pœna deportatio est, licitam esse transactionem: multoque minus licita erit in causa infamiæ: nam & ea aperte distinguitur à capitali. *d. l. capitalium. §. 1.* & quamvis alibi fama vitæ comparatur. *l. justa. 9. ff. de man. vind.* vitam tamen secum non trahit: pœnaque infamiæ non nisi improprie capitalis dicitur. *l. licet. 103. ff. de verb. sign.* In pœnis autem propria significatio spectanda. Sed quid dicemus de pœna perpetui carceris? Sane quidem carcer interdum pœna appellatur, *l. 3. ff. de custodeor. l. 2. C. eod.* Cæterum nusquam jure civili pœna perpetui carceris, quod ad liberos homines, vel cognita, vel licita. *l. aut damnum. 8. §. solent. 9. l. mandatis. 35. ff. de pœn. l. 6. C. eod.* Quamvis autem jure Canonico, quod mores hodierni sequuntur, talis pœna permissa sit. *C. quamvis. x. de pœn. in 6.* tamen cum hæc pœna nequaquam mortem ingerat, nec sanguinis sit, non erit licita hic transactio. *Clar. de quæst. n. 9.*

14 Majestatis & parricidii crimen quin capitale sit, & pœnam mortis inferat, nullum est dubium: sequitur ergo de utroque pacisci vel transigere licere, argumento primæ partis *d. l. transigere*, ubi unum duntaxat adulterii crimen excipitur. Habet quidem perduellionis crimen hanc singularem præ cæteris indolem, quod persecutio ejus etiam post mortem rei inchoari queat. *l. ex judiciorum. 20. ff. de accus. l. ult. ff. ad leg. Jul. Maj.* sed singularia non sunt extendenda: & longe diversum est, quo de hic quærimus. Non obstat, quod conscii, qui non detulerunt hæc crimina morte plecti jubentur. *l. 5. §. 6.* & *7. C. ad leg. Jul. Maj. l. 2. l. 6. ff. ad leg. Pomp. de parric.* Etenim conscius sive probationes habeat, sive non habeat, debet ista crimina detegere ac deferre per dd. ll. accusare tamen non tenetur, sive probationes habeat, sive non habeat, nulla enim lex hoc ei injungit. ac proinde standum est regulæ, quod nemo invitus accusare teneatur. *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.* standum generali definitioni hujus *l. transigere.* quod super crimine capitali transigere prohibitum non sit. *Borcholt. de transact. c. 3. n. 81. Pac. ad l. transigere. n. 38. Cujac. 6. obs. 11. diff. Delrio ad hanc l. transigere. n. 48. D. Math. n. 14.* Loci vero in contrarium allegati conscium criminis puniunt non ob accusationem non institutam, vel pactione aut transactione finitam, sed ob silentium; quia rem occultam habuit. Non tenetur igitur accusare invitus, sed denuntiare tenetur, ut judex ex officio suo in denuntiatum inquirat: id enim facere judicem posse nullo existente accusatore supra demonstravimus.

15 Non

15 Non obstat, quod in crimine majestatis non conceditur abolitio. *l. ult. C. de abolit.* Aliud enim longe est, abolitionem, id est, accusationis omittendæ licentiam, aut exemptionem à crimine petere; aliud transigere. Abolitio fit intercedente auctoritate magistratus. *l.* 1. *& seqq. C. de abolit.* vel à Principe aut senatu conceditur ob diem insignem lætitiamque publicam. *l. abolitio.* 8. *l. si interveniente.* 12. *ff. ad SC. Turpill.* quæ res etiam criminis abolitionem continet. Transactio fit pactione privata inter actorem & reum, eo effectu, quem supra indicavi. Imperatores in *d.l. ult.* loquuntur de accusatore & accusato petentibus abolitionem non de transigentibus aut paciscentibus inter se ut omittatur accusatio. Abolitionem in tam immani crimine petitam jubetur judex denegare: transactio autem non vetatur. Itaque constanter dicimus etiam hic reo sanguinem suum redimenti ignoscendum esse, & actorem, qui cum eo transegit aut pactus est, impune ab accusatione desistere, quia permissu legis desistit, & ideo nec opus habet abolitione, ut paulo ante exposuimus.

16 Quid si delictum tale sit, ex quo quidem ordinarie pœna mortis non ingeratur, sed cujus pœna ex circumstantiis arbitrio judicis ad mortem usque extendi queat? Quidam putant hic transactioni locum non patere, ne alioqui nimium hoc jus porrigatur, & in plerisque delictis paulo gravioribus (ex quibus pœna extraordinaria ad mortem usque extendi potest juxta communem DD. sententiam) semper habeat reus, quo se excuset, ne ob corruptum pretio adversarium pro confesso habeatur. Neque vero eandem esse rationem delicti, quod ex se & natura sua pœnam capitalē meretur, & quod ex accidenti, ita arbitrante judice. Ego tamen etiam hoc casu regulæ standum arbitror. Parum enim interest, certo constet pœnam capitalem irrogatum iri, an de eo dubitari possit? sufficit enim, ut regulæ locus sit, mortis periculum quomodocunque imminere. Itaque cum pactio vel transactio admittatur hujus periculi vitandi causa, *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent.* & idem periculum etiam in re dubia immineat, quia fieri potest, ut judex pœnam capitalem, seu jure sive injuria, sit irrogaturus, putarem etiam hoc casu per missam transactionem; & huc facit. arg. in *l.* 7. §. 1. *ff. quod met. caus.* ubi JC. justum metum mortis esse ait si quis occidi potuit, vel non jure. Debet itaque & in nostro casu idem metus pro justo haberi, & locum veniæ facere, ut reus id ipsum, quod in judicantis potestate extremum est, formidasse intelligatur. Denique illi ipsi, qui ex pœna ordinaria duntaxat, quæ scilicet certo generi delictorum legibus imposita est, æstimandum putant, licitane sit transactio, an secus, fatentur ultro licitam hic esse transactionem, si forte circumstantiæ tales sint, quæ facile judicem movere possent ad inclinandum in sententiam capitalem. & hæc quoque Julii Pacii sententia est *ad h. l. n.* 14.

Atque hactenus quidem explanavimus regulam prima parte hujus rescripti contentam: sequitur, ut ejusdem quoque regulæ exceptionem, quam addunt Imperatores, examinemus. Aiunt *excepto adulterio.*

17 Hæc exceptio arguit crimen adulterii tempore Diocletiani mortis pœna multatum fuisse. Imo etiam multo ante capite id sancitum fuisse

evincitur ex *l. castrati.9. C. ad leg. Iul. de adult.* quod rescriptum Alexandri est, qui multis annis Diocletiani principatum antecessit. Justinianus tamen *Nov.* 134. *c.* 10. ex constitutione demum Constantini capitalem adulterii pœnam esse cœpisse testatur quod & Brissonius *lib. sing. ad leg. Iul. de adul. & Don. ad hanc l. n.* 6. existimant. Cujacius vero *lib.* 6. *obs.* 11 contendit primos Constantium & Constantem id capitale fecisse per *l.* 4. *C. Theod. quor. app. non recip.* ante tempora quidem Constantini, sed post Diocletiani. sane ex lege Julia capitalem hujus criminis pœnam non fuisse constat ex Taciti annalium *lib.* 1. [illegible] 3. sed, neque tempore Alexandri morte vindicari solitum non obscure indicant textus in *l. si quis viduam.* 5. *ff. de quæst. l. Claudius.* 13. *ff. de his quæ ut indign. l. miles.* 11. *ff. ad leg. Iul. de adult. l. ex eo.* 18. *ff. de testib.* quæ Pauli est, collegæ Ulpiani, & Alexandro Principi à Consiliis. Divus quoque Augustinus sagacissimus antiquitatis indagator *lib.* 3. *de civ. Dei.* scribit Romanos fœminas adulteras, quamvis aliquadam natione, nulla tamen morte punivisse: ut omnino verosimile sit, *d. l. castrati. C. ad leg. Iul. de adult.* & hoc nostrum rescriptum interpolata esse à Triboniano, quod & Brissonio, Cujacio, Donello ad hanc *l. n.* 6. Del Rio *n* 85. Melch. Klock *part.* 2. *c.* 2. videtur. Sed de hoc alias forte latius. Quod si quis jam ex me quærat, quidnam causæ sit, cur cùm de cæteris criminibus capitalibus transigere fas fuerit, non tamen idem permissum adulteris?

18 Respondebo 1. exceptum esse adulterium ob frequentiam flagitii. Martialis *lib.* 6. *Epigram.*

Lusus erat sacra connubia fallere tada:
Lusus erat teneros, &c.

Jam vero frequentia delicti sæpe exigit, ut supplicium exacerbetur, & nimium multis grassantibus opus est exemplo & majore severitate: *l. aut. facta.* 16. §. *ult. ff. de pœn.* 2. Ut tanto magis transactione prohibita matrimoniorum castitati studerent cives Romani. 3. Quia adulterii accusatio non omnibus promiscue patet. nam olim extranei post patrem demum & maritum adulteræ admittebantur. *l.* 4. §. 1. *& passim. ff. ad leg. Iul. de adult.* postea extranei plane exclusi, *l. quamvis.* 30. *C. eod.* Quare admissa hic transactione facile futurum erat. ut ejus criminis impunitas sequeretur. 4. Quia hæc transactio ob conscientiam & patientiam stupri videtur aliquid lenocinii simile habere, & per eum quasi venalia fiunt civium matrimonia, cum ingenti dedecore civitatis, eoque pertinet illud Virgilianum *lib.* 12. *Æneid. Deformare domum. & luctu miscere Hymenæos. l. mariti.* 26. *pr. &* §. 2. *junct. l.* 2. §. 2. *& seqq. ff. eod.* 5. Quod adulterio turbentur fanuliæ, quibus per id partus alieni spuriique inseruntur. In summa cum cætera fere delicta propriæ turpitudinis finibus contineantur, adulterium quoddam veluti vitiorum agmen trahit. *Diod. Sicul. lib.* 1. *Biblioth.* Atque hæ rationes satis graves ac dignæ mihi videntur ut & magnis quoque doctisque viris, Duareno, Donello, Mornacio, Bachovio, Ant. Matthæo, ob quas transactio super crimine adulterii, etiam postquam id capitale factum est, non sit admissa, contra receptam in cæteris causis capitalibus regulam. Et quidem si maritus

aut

aut quis alius pecuniam accepit, ne accuset, plectitur: si gratis ante litem contestatam pactus est, ne accuset, non plectitur. *l.* 2. §. 2. *l. si maritus.* 15. §. *si negaverint.* 5. *l. mariti.* 29. §. 2. *ff. eod.* Quod si post cœptam accusationem pactus est licet gratis, in pœnam SC. incidit, quia destitit sine abolitione. *l. de crimine.* 10. *C. eod.*

19 Quæsitum memini, cum solum adulterium à regula excipiatur, an de raptu, de stupro, de incestu, quæ tria crimina magnam cum adulterio affinitatem habent, transigere liceat. Et quidem, ut de raptu incipiam, constat id crimen capitale esse, & ultimo puniri supplicio. *l.* 5. §. 2. *ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. un. C. de rapt. virg.* Sed nusquam expresse vetitum de hoc crimine transigere. ac proinde dicendum videtur de eo transigere licere juxta regulam primæ partis hujus rescripti. Tamdiu enim regulæ standum est, donec probetur exceptio. Unde Doctores nostri ajunt, qui pro se habet regulam, eum habere intentionem suam fundatam, atque ideo in adversarium exceptionem prætendentem onus probandi transferre, in qua probatione si defecerit, secundum regulam pronunciandum esse per *l. ab ea.* 5. *ff. de probat. cum simil.* Non est contrarium, quod servus raptum virginis deferens libertate donatur. *l. pen. C. pro quib. caus. serv. pro pram.* Ex eo enim minime sequitur propter pactionem aut transactionem de raptu paciscentem puniri aut pro convicto haberi. sicut nec ex eo, quod parentes, qui patientiam præbuerunt, ac dolorem remiserunt, deportatione plectuntur. *d. l. un. C. de rapt. virg.* aliud enim est pacisci vel transigere super accusatione raptus, aliud dolore, quem raptus attulit, remisso, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. *Nov.* 150. Sed neque in *Nov.* 143. magis, quam alibi, agitur de parentibus paciscentibus super accusatione raptus; verum de iis, qui dolorem, seu rancanam, ut loquuntur, remiserunt, etiamsi in nuptias non consenserint. Quod si hoc non placet, in proclivi est alia responsio, eaque meo judicio probabilior; nimirum speciali ratione propter turpitudinem pactionis in parentibus puellæ transactionem cum raptore legibus Justiniani improbatam; nihil autem obstare, quo minus extraneus accusator, cum eo pacisci vel transigere possit. Enimvero si raptor conveniatur lege Julia de adulteriis, non proprio crimine raptus seu lege Julia de vi, pactionem vel transactionem illicitam esse planum est. & ita propemodum Pacius *num.* 35.

20 Quod stuprum attinet, nego de hoc crimine transigere licere: non quod, ut putat Pacius, appellatione adulterii etiam simplex stuprum contineatur: sed quia simplicis stupri pœna non est capitalis. §. *item lex Julia.* 4. *Inst. de publ. judic.* & ideo ad secundam hujus legis partem, qua transactio de criminibus non sanguinariis prohibetur, id delictum pertinet. Non movet, quod in *l.* 6. §. 1. *ff. ad leg. Jul. de adult. l.* 101. *ff. de verb. sign.* dicitur, legem Juliam his vocibus *adulterium*, *stuprum* promiscue & indifferenter usam esse, quamvis proprie adulterium dicatur, quod in nuptam committitur, stuprum, quod in virginem, &c. Nam ex eo recte quidem collegeris verbo stupri etiam adulterium, tanquam speciem stupri contineri, & stuprum quoque simplex eadem lege coërceri eadem pœna, qua adulte-

 rium.

rum. *l.* 11. §. 1. *ff. ad leg. Iul. de adult.* sed non ex contrario adulterii vocabulo legem complecti & stuprum simplex, aut aucta adulterii pœna & stupri cujusvis auctam. vide post alios *Gœd. in d. l.* 101. *ff. de verb. sign.* Plane stupri qualificati, ut nunc loquuntur, sive præposteræ Veneris, *παιδεραστίας*, ἢ ἄλλης παρὰ φύσιν μίξεως, pœna quidem mors est *d.* §. 4. *Inst. de publ. judic. l. cum vir.* 31. *C. ad leg. Iul. de adul.* ubi ἀρρενοκοῖται exquisitis pœnis subjici & gladio puniri jubentur. Sed hic ego admiserim transactionem propter regulam primam nostræ *leg.* à qua adulterum duntaxat proprias ob causas excipitur. Sed & si propter circumstantias, puta ob vim adhibitam, &c. pœna stupri exacerbari & arbitrio judicis ad mortem usque extendi possit, licitam quoque hoc casu transactionem dixerim, per ea, quæ supra. atque eo refero *l.* 1. §. 2. *ff. de extraord. criminib.*

21 Incestus quoque jure nostro pœna capitis non vindicatur. *l. si quis.* 6. *& auth. seq. C. de incest. nupt. l. si adulterium.* 38. *ff. ad l. Iul. de adult. Nov.* 12. *c.* 1. Quamobrem nec de incestu licita transactio, propter regulam secundæ partis hujus rescripti. Quod si incestus cum adulterio conjunctus est, transactioni obstat regulæ primæ partis exceptio *D. Matth.* 12.

Sequitur rescripti pars altera. Ajunt Impp. *In aliis autem criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* De criminibus igitur non capitalibus, id est, quæ ultimo supplicio non puniuntur, sed aut membri mutilatione duntaxat, aut fustigatione, exiliove aut publicatione bonorum, transigere non licet. Ratio est, quia in his nulla tanta occurrit miserationis ratio, ut à tenore juris legumque severitate visum fuerit recedendum esse. Tantum de vita sua periclitantibus & sanguinem suum qualicunque pacto redimentibus ignoscendum putaverunt legum conditores. *d.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de pravar.*

22 Huic autem secundæ rescripti regulæ objicitur, quod ab Ulpiano *l.* 1. §. 3. *ff. de calumniat.* traditum est, si quis pecuniam dederit adversario suo (intellige sive in publicis, sive in privatis causis, ut *d. l.* 1. §. 1. *& pr. d.* §. 3.) transigendi animo, cessare eas constitutiones, quæ ex hac causa litem perire jubent: & additur pro ratione, quia non sit interdictum transactionibus, sed sordidis concussionibus. D. Pacius putat solutionem hujus objectionis esse facilem, nempe textum istum accipiendum esse in terminis habilibus, cum transigitur de crimine capitali, juxta distinctionem hujus *l. transigere*, quod & vir clarissimus Petrus Cunæus Collega quondam meus probabat. Sed quid si potius textum hunc juvemus distinctione, quæ non est in ipso textu, dicamusque eum locum accipiendum esse de eo actore, qui criminaliter agere proposuerat, cum & civiliter agere posset: huic enim in casu nondum cœpti judicii nihil obstare videtur, quominus pecunia accepta accusationem nondum institutam remittat: quippe quem consilium mutasse, & pro eo, quod civili judicio consequi potuisset, seu pro damno sibi dato, pecuniam accepisse credendum sit. & ita non pugnabit *l. ult. ff. de pravar.*

23 De pactione nihil exprimitur posteriore regula: An igitur pactio hic licita?

licita? Non puto: sed quod in priore parte expressum est, in sequenti ex sententia & mente legislatorum repetendum *arg. l. Titia. 134. §. 1. ff. de verb. oblig.* & fac. *l. 1. §. si quis. 7. ff. ad SC. Turp. & pass. eod.* Proinde non minus pactio, quam transactio hic illicita; idque verum est sive ante litem contestatam, sive post eam interposita sit.

24 Et quidem si post litem contestatam interposita sit sive transactio sive pactio, actor incidit in pœnam SC. Turpilliani *tot. tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec petere potest quod transactionis causa ei promissum est. *l. siquidem 9. C. de contrah. stipul.* Quod vero repetere accusationem adversus eundem non potest, non ex eo est, quod valet transactio: sed quia se indignum accusatione fecit. *l. 2. l. 6. pr. ff. ad SC. Turpill. l. 5. ff. de pravar. l. abolitionem 16. C. ad leg. Iul. de adult.* Reus autem post judicium cœptum transigens habetur pro confesso & convicto *l. 4. l. ejus qui. 29. ff. de jur. fisc. l. ult. ff. de pravar.* & multatur etiam pecunia fisco inferenda. *l. Imperatores. 34. ff. de jur. fisc.* Cæterum hoc ita si pretio pactus sit, ut dixi, post judicium jam inchoatum: nam ea transactio habetur pro confessione facta in judicio. At si ante cœptum judicium facta sit transactio, est quidem & ipsa invalida in crimine non capitali, sed non inducit fictam confessionem.

25 Porro etsi transactio pendente judicio facta habeatur pro rei confessione, quæ fictio est: non tamen hinc sequitur altera fictio, nempe ut reus ita per fictionem pro confesso habitus, simul etiam ante sententiam habeatur pro judicato & condemnato: nam ita fictio geminaretur, quod fieri non potest. Vere confessus in jure habetur pro judicato. *l. post rem. 46. ff. de re. jud.* sed ibi una tantum fictio est. Et quoniam, ut diximus, reus transigens de crimine non capitali post institutum judicium pro confesso tantum, non etiam pro judicato habetur, inde est, quod judex in *l. 2. C. de abolit.* jubetur adhuc in crimen inquirere & sententiam ferre. eodemque pertinet, quod Ulpianus in *l. ejus. 29. ff. de jur. fisc.* ait, oportere prius constare, & de crimine pronunciare. & alioqui si pœnæ adjecta sit confiscatio, reusque ante sententiam moriatur, confiscationi non erit locus. *d. l. ejus. de jur. fisc.* Neque obstat. *l. Gajus Sejus. 22. ff. ad SC. Silan.* nam cum admissum tale est, cujus causa tantum pecuniaria sit, seu in quo quæstio principalis de pecunia moveatur, ejus cognitio morte rei postulati & pro confesso habiti non extinguitur: imo de novo causam deferre licet. *l. ult. ad leg. Iul. pecul.*

26 Quid in pactione gratuita? hæc quidem non efficit, ut reus pro confesso habeatur, licet post litem contestatam pactus sit. *l. 4. ff. de jur. fisc.* utique tamen pactio invalida est; quia accusator, si nondum destitit, potest porro accusare: si autem destitit, in pœnam incidit SC. *l. 1. §. si quis. 7. l. 16. ff. ad SC. Turp.*

27 Invalida quoque est in crimine non capitali transactio & pactio facta ante litem contestatam. Nam etsi hic accusator omissa accusatione ex causa transactionis non incidit in pœnam SC. quoniam videri non potest destitisse, qui non accusavit. *l. 5. ff. ad SC. Turpill.* tamen id quod transactionis causa ei promissum est, non potest petere *l. si quidem. 9. C. de contr. stip.* atque

atque ita hæc transactio non prodest accusatori. Sed nec reo prodest: nam accusator non obstante transactione poterit accusationem inchoare, remque in judicium deducere, neque ei ulla obstabit exceptio. Idemque est, si accusaturus ante judicium cœptum pactus sit gratis, ne accuset: neque enim postea accusanti obstare poterit pacti invalidi exceptio: siquidem accusatione demum cœpta id observatur, ut qui ab instituta accusatione desistit ex causa transactionis aut pacti, postea non admittatur ad repetendam accusationem, & præterea incidat in pœnam SC. *l.1.pr.* & §.7.*ff.l.2.l.6. C. ad SC. Turpill.* Illud certum est, sicut is, qui ante institutam accusationem transegit aut pactus est, potest nihilominus accusationem inchoare, si velit; ita posse eundem etiam eam omittere, si accusare nolit. *arg.tit.C.ut nemo invit. ag. vel accus.*

28 Singulare est in crimine adulterii, quod maritus vel pater si negaverint se accusaturos, non possunt postea accusationem instituere, & extranei tunc admittuntur. *l.si maritus.* 15. §.*si negaverint.*5. *ff. ad leg.Iul. de adult.* Ratio est, quia extranei non admittuntur, si velit accusare pater aut maritus. *l.*4. §. *extraneis.ff. eod.* Quod si illi expresse negaverint se accusaturos, jam jus extraneis nascitur, quod iis auferri non debet. Quod si maritus non negaverit se accusaturum, sed facto ipso non occupaverit accusationem, hoc casu extraneus eum præveniens nihil ipsi præjudicat. *d.l.*4.§. *si ante.*

29 Ajunt Impp. In aliis publicis criminibus. An igitur de privatis criminibus, quæ sanguinis pœnam non continent licita transactio? Nequaquam. Cæterum adhibenda hic est distinctio: nam de privatis delictus & civiliter agi potest, & criminaliter. *l.ult. ff. de injur.* Cum civiliter agitur, licita est in hujusmodi delictis pactio & transactio, obstatque actori nihilominus agere volenti pacti aut transactionis exceptio. *l. si pro furt.*7.*pr. ff. de condict. furt. l. interdum.*56. §. *qui tutelam. ff. de furt. l. post decisionem.* 13. *C. eod.* At enim si pretio quis pactus sit, id est, transegerit, obstabit, quidem & hic actori transactionis exceptio: cæterum paciscentem pecunia data, ceu confessum sequetur infamia. *l.*4. §.*ult. l.*5. *l.*6. §. 3. *ff. de his qui not. infam.* Cum autem criminaliter de furto puta aut stellonatu, aut aliis hujusmodi privatis delictis agitur juxta. *d.l.ult. ff. de furt. & l. ult. ff. de injur.* non est admissa transactio: sed reus hic etiam pro confesso habetur. *l.ult. ff. de prævar.* & accusator, licet non incidat in pœnam SC. Turpilliani, officio tamen judicis coërcetur. *l. si quis.*7. §.1. *ff. ad SC. Turpill.* Itaque quod Imperatores ajunt, in publicis criminibus pœnam sanguinis non ingerentibus transactionem esse illicitam, id non ideo ab iis dici intelligendum est, quia de privatis transactio sit licita; sed quia non semper illicita, non tunc cum de his agitur civiliter. ita fermè post Accurs. Bart. Jas. Alciatum, &c. Fachinæus *lib.*1. *controv.*9.

Superest clausula rescripti ultima. Ajunt Imp. *transigere non licet citra falsi accusationem*

30 His verbis veteres interpretes à secunda rescripti regula excipi putant crimen falsi ut hic sit sensus, de criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, præter falsi accusationem aut excepta falsi accusatione, transigere

gere non licet. ut quemadmodum de prima regula excipitur adulterium, sic de secunda excipiatur crimen falsi: & ita quoque Græci hanc clausulam acceperunt: sic enim illi *βασιλικ.* 11. secundam rescripti regulam reddunt; *ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι' αἵματος πλὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος.* atque hanc sententiam etiam neotericorum plurimi secuti sunt. *Cujac.* 6. *obs.* 11. *Borchol. c.* 3. *de transact. n.* 92. *& seqq. Fachin.* 1. *contr.* 6. *Perez. C. de transact. n.* 12. *Delrio ad l. transigere. n.* 141. *& seqq. pac. n.* 47. *& seqq. Matth. n.* 18. *Mornac. ad fin.* Rationem exceptionis primum hanc esse putant, quod crimen falsi plerumque ad privatum commodum spectet: ac propterea transigentem non videri crimen esse confessum, sed rei suæ consuluisse. Deinde quod olim regulariter de falso potuerit transigi, utpote crimine tunc temporis capitali & pœnam mortis ingerente: sicut & hodie interdum ultimo supplicio plectatur. *l.* 1. *l.* 5. *l. ubi falsi.* 22. *C. ad leg. Corn. de fals.* ac proinde arbitrarium esse falsi judicium: quæ fortasse vera ratio sit, cur super falsi crimine transigere liceat. quippe in arbitrariis, quoties etiam ad mortis pœnam progredi judex potest, transactionem non esse prohibitam arg. regulæ primæ hujus *l. transigere.* Afferunt denique & textus, quibus hæc sententia adstrui videtur. *l. ipse.* 7. *l. de his.* 16. *l. pen. l. ult. C. d. tit. l. pen. C. hoc tit. l.* 2. *de his quæ ut indign.*

31 Ego tamen cum *Donell. in d. l. transigere. n.* 14. *& seqq. Klock. p.* 4. *per tot. Alciat. sub fin. Ant. Fab.* 2. *conject.* 20. *Bachov. ad h. tit. n.* 15. *Tulden. ad C. ad SC. Turp. n.* 9. contendo, neque hoc usquam proditum esse, neque constitui posse, nisi valde absurde. Nam aut gravius cæteris crimen falsi esse volumus, aut par, aut levius. Si gravius, tanto magis coërcendum: quanquam sunt alia graviora. Si par, cur distinguimus, quæ eadem ratio conjungit? Levius autem dicere non licet Fieri enim potest, ut testes falsum dixerint adversus aliquem in causa capitis, ut innocentem opprimerent; aut ut probatum sit instrumentum falsum in causa, in qua de omnibus fortunis agebatur. Atque ut agatur tantum de re pecuniaria; non ideo tamen de eo transigere permittendum. Quam multa enim sunt alia criminá de re pecuniaria, de quibus tamen transigere non licet. Est igitur absurdum, cum par aut etiam major sit ratio in falso, quam in cæteris, plus quam in cæteris, licere in falso. Antequam quæstionem ipsam plenius excutiam, dico *citra* in hoc rescripto positum esse pro *fine*; quasi Imperatores scripsissent, *sine falsi accusatione*, vel *nisi falsi accusationem subire velit accusator*: ut non alius horum verborum *citra falsi accusationem* sensus sit, quam quod accusator transigens de crimine non capitali incidat in accusationem falsi constitutam SC. Turpilliano.

32 Etenim verbi *citra* duplex tantum est significatio, interdum idem significat, quod ab hac parte, *ἐντὸς*, *ἐπὶ τάδε*, cujus contrarium est *ultra.* Horat. *Quos ultra citraque nequit consistere rectum.* aliquando idem, quod *sine*, sive *absque*, *ἄνευ.* nec tunc verbum est ambiguum quod interdum vim excipiendi habeat, sed rem unam duntaxat significat, idemque perpetuo valet, quod *sine*; nusquam autem apud ullum idoneum scriptorem pro

praeter

præter accipitur. Sueton. *in Cæs. citra senatus populique auctoritatem.* Quintil. *lib.*1. *citra musicen grammatice perfecta non est.* Papinianus *l. ult. ff. de publ. judic. citra periculum.* Idem *l.*1. §.1. *ff. de pign. citra conventionem.* Idem *l. ult. ff. de in diem add. citra delegationem.* Ulpianus *l. ut sit.* 31. *ff. pro soc. citra societatem.* Idem *l. observare.*6. *ff. de curat. furios. citra causæ cognitionem.* Idem *l.*1. §. *si quis.*7. *ff. ad SC. Turpill. citra abolitionem.* Idem passim *l.*8. *ff. hoc tit. citra auctoritatem, citra cognitionem prætoris, citra prætorem. l.*3. *C. de usur. citra vinculum stipulationis. l.*1. *C. de jure fisc. citra fraudem creditorum.*

33 Apud auctores quoque hujus rescripti *citra* semper pro, *sine*, nunquam pro *præter*. vid. *l. cum super.*10. *l. nullo.*24. *C. de rei vind. l. nec filius.*7. *C. de reb. cred. l. si ex pretio.*6. *C. si cert. pet. l. si pretium.*19. *C. de procur. l. enim citra.*15. *C. de jur. dat. l. pen. C. de pign. l.*2. *C. sent. resc. non poss.* &c. Quis autem credat, eosdem, qui tot locis & pluribus aliis, quos congessit Klock, *citra* constanter usi sunt pro *sine*, uno in loco pro *præter* & exceptive usurpasse? Sane in *l. un.* §. *accedit.*13. *C. de rei uxor. act. vers. extraneum*, vox *citra* pro *præter* accipitur, sed ista lex Justiniani est, & compositio Triboniani, quos nemo dixerit bonos esse Latinitatis auctores, nisi qui linguæ Latinæ plane sit rudis, ut ipse Tribonianus fuit.

34 Tempore autem Diocletiani sua adhuc constabat Latinæ linguæ puritas, ut apparet ex omnibus ejus rescriptis. Quod vero Papinianum etiam eadem voce pro *præter* & exceptive uti ajunt in *l. ult. ff. de calumniat*, id ex eo loco, minime evincitur. Imo si quis attendere velit, *citra pretii æstimationem* illic nihil aliud valet, quam sine pretii æstimatione. Sentit enim Papinianus dominum servi in casu ibi proposito sic agere de calumnia accusatoris, ut agat de calumnia solum, id est, separato judicio de calumnia, ut simul non agat de damno & pretii servi æstimatione; idque sequentia verba clare ostendunt: subjicit enim de calumnia agi citra hanc æstimationem, id est, sine hæc æstimatione, quia separatum sit calumniæ crimen à damno, sive quia de calumniæ crimine separatim & sine damni quæstione agi potest. Si *citra* pro *præter* hic accipias, hic erit sensus, posse agi cum isto accusatore de utroque simul & de calumnia & de damno: quod adversatur sententiæ Papiniani, qui ait separata esse judicia calumniæ & æstimationis: aut si pro exceptione accipias, excipiet Papinianus de crimine calumniæ æstimationem servi, quod esset hominis non intelligentis, quid sit exceptio. Cæterum etsi *citra* pro *præter* Papinianum dixisse ponamus, eumque ita scripsisse, *Sed & præter pretii æstimationem, quæritur de calumnia ejus:* tamen id nihil eos juvare poterit, qui contendunt *citra* aliquando denotare exceptionem.

35 Nam nec *præter* semper est exceptionis nota. Si dicam, *Multa sunt præter hæc, quæ objici merito potuissent:* aut ut Plinius *lib.*10. *nat. hist. præter hominem somniare equos, boves, canes, pecora, capras palam est:* nemo, cui sana mens est, dixerit verbo *præter* hic excipi quæ objecta sunt; aut hominem. Sic etsi Papinianus ita scripsisset; *præter æstimationem pretii ejus, quo servus ob quæstionem deterior factus est, & de calumnia accusato-*

ri quæri poss? nemo, nisi fungus, dixerit Papinianum hic excipere æstimationem levi.

36 Postremo quod apprime notandum est his verbis rescripti; *In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt,* non statim, & immediate subjungitur, *citra falsi accusationem*; sed eam clausulam antecedit, *transigere non licet*; ita ut postrema illa clausula sanctionem legis continere omnino sit verisimile.

37 Sed omissis rescripti verbis, Græcorumque auctoritate in quæstione de usu verbi Latini facessere jussa, videamus de jure: & primum an sufficiens sit illa exceptionis ratio, quæ vulgò afferri solet, nempe quod licet crimen falsi publicum sit, plerumque tamen pertineat ad causam & utilitatem privatorum. Mihi sane non videtur; sunt enim & alia hujusmodi, ut crimen violentiæ: sed nec super privatis delictis, si criminaliter agatur, transigere licet, ut supra probatum est. Denique si hæc ratio valeret, non simpliciter excipi crimen falsi debuisset, sed tunc solum, cum privatum commodum respicit.

38 Quod affertur pro ratione secunda, olim hoc crimen regulariter pœnam mortis habuisse, falsum esse apparet ex *l.1. in fin. l.ult. ff. ad leg. Corn. de fals. Paul.5. sent.25. §. item lex.7. Inst. de publ. judic.* unde discimus pœnam falsi ex lege Cornelia fuisse deportationem. Quamvis autem ex circumstantiis & pro gravitate criminis hæc pœna exasperari queat, adeo ut etiam ad pœnam mortis procedere judex possit. *l.1. l.5. l. ubi falsi.21. C. ad leg. Corn. de fals.* tamen id non solum in falsi crimine, quod per se capitale non est, obtinet, sed in aliis quoque criminibus, quorum pœna ordinaria ex circumstantiis aggravari potest. Nam ubicunque circumstantiæ delictum aggravare possunt, & mortis pœna dignum efficere, ibi etiam mortis pœna irrogari potest: quoniam pœnæ & culpæ inter se debet esse proportio? & sic eadem ratione plura alia crimina per se non capitalia excipi deberent. Concedamus autem, quando tales sunt delicti circumstantiæ, ut constet posse reo ob falsum commissum pœnam irrogari capitis, atque hoc casu etiam permissam super falso transactionem, arg. *l.1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* At hoc posito jam crimen falsi in tali casu non excipimus de regula *l. transigere.* secunda, sed ad primam referimus. Denique extra hunc casum sub regula secunda contineri profitemur.

39 Loci, qui ad adstruendam contrariam sententiam afferuntur, nihil minus probant, quam quod de accusatione falsi transigere liceat. In *l. ipsa significat.7. C. ad leg. Corn. de fals.* scriptum quidem est, eum, qui de instrumento, quod falsum esse dicebatur, transegit, non esse audiendum, si id, cui semel acquievit, tanquam falsum velit accusare. Cæterum de falso instrumento illic transactum proponitur, nimirum in causa pecuniaria, cum forte creditor peteret centum, & in eam rem proferret instrumentum, quod in dubium vocabatur a reo: id reus postea, ajunt Imperatores, tanquam falsum accusare non potest. De falso igitur instrumento illic transactum est, non de falsi crimine seu accusatione, quæ instituta non fuit. In privata lite de falso transigere licet, neque hoc dicimus nostra

l. transi-

l. transigere, prohiberi. Eademque responsio aptanda *l. pen. C. hoc tit. in fin.* ubi dicitur controversiam de instrumento, quod falsum dicebatur, ortam transactione decidi posse. Sed & cæteris locis, quibus super falso transactum esse legimus, non de falsi crimine transactum esse intelligere debemus, sed de causa falsi in lite privata & judicio civili. In quo reprehendendi sunt, qui scribunt se non intelligere, quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit, quam de falso instrumento transigere. Longe enim differunt transigere de falso instrumento prolato forte in causa civili, & transigere de crimine falsi sive falsi accusatione instituta judicio publico aut criminali: aut si hæc non differunt, ego plane non intelligo, quid illud sit, quod Imperatores rescribunt. *l. de fide.16. C. ad leg. Corn. de fals.* ei, qui de fide instrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem, & per privatam disceptationem. quod & pluribus aliis locis proditum. *l.5. l. si doctus.9. l. si lu.11. l. sicut falsi.17. l. pen. & l. ult. C. eod. tit.* Quod si quis jam quærat, si verba illa, *citra falsi accusationem*, sic accipiantur; non licere de criminibus non sanguinariis transigere, quia parata sit adversus eum, qui transegit, falsi accusatio, quodnam hic falsum committatur, quod vindicetur lege Cornelia: Respondemus nos non dicere tale quicquam hic committi, quod incidat in legem Corneliam de falsis: sed quod incidat in accusationem falsi, quæ constituta est in eos, qui ex conventione litem & accusationem deserunt: & nimirum accusatoris litem ex pactione aut transactione deserentis hanc esse pœnam, ut incidat in SC. Turpillianum. *l.1.§. accusationem, vers. at quin Papinianus l. 6. l. in senatusconsultum.15. ff. eod.* Nullus enim dubito, quin rescriptum hoc directum sit ad accusatorem, & postremis rescripti verbis sanciatur pœna in litis desertorem. Reus autem transigens, ut supra demonstratum est, pro confesso hic habetur. Quod ergo genus falsi est quod SC. coërcetur? Prævaricatio & tergiversatio. Prævaricari est colludere cum adversario, genus falsi in eo manifestum, quod qui prævaricatur, veras probationes falso dissimulat, falsas adversarii admittit. *l.1.§.1. & 6. ff. d. tit.* Tergiversari est ab accusatione desistere *d.§.1.* quod qui facit, haud secus ac prævaricator vera crimina abscondit, quanquam fuga & silentio, non ut prævaricator simulata accusatione. facit huc *l. de crimine.10. C. ad leg. Iul. de adult.*

Franciscus Hotomannus, vir magnus sane & bene præclareque de Jurisprudentia meritus, transpositione verborum totam nostræ hujus l. transigere. sententiam invertit mutavitque, ac converso plane modo Imperatores rescripsisse autumat, de criminibus non capitalibus transigere licere præterquam de adulterio: cæterum de criminibus pœnam sanguinis ingerentibus transigere nefas esse. ac proinde textum *l. transigere*, ita concipiendum esse; *Transigere vel pacisci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.* Ita Hotomannus *lib. quæst. illustr. c.23.* ubi septem fere argumenta primæ hujus legis definitioni objicit, quibus inductus hanc metathesin excogitavit. Sed profecto

profecto non tantum contra fidem omnium exemplarium, & constantem Græcorum interpretum versionem *lib. 11. βασιλ. tit. περὶ διαλύσ.* ubi ita, *καὶ μὴν τῶν δι' αἵματος ἰχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύεσθαι. Harmenop lib. 1. tit. 10. ὡς μὴν τὰ δι' αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλύομεθα.* Verum etiam contra tot locorum, quæ supra memoravimus consonantem concordemque sententiam. Argumentis Hottomanni facile ex iis, quæ jam disputata sunt, occurri poterit: singula enim repetere, ac denuo confutare nec lubet nec vacat.

Hodie dispositio l. transigere. cessat fere & inutilis est, cum non cuivis è populo, sed procuratori fisci, aut Schultetis Balivisve locorum persecutio criminum competat. Atque hi quidem si in accusatione succumbant, aut crimen non probent, non incidunt in pœnam talionis: ac tametsi desistant ab accusatione sine abolitione, non tamen in his locum habet *tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec *tit. C. de abolit.* Cæterum nec inconsulto Principe, cujus vicem apud nos hac in parte Camera rationalis gerit, *Merul. prax. civ. 4. tit. 14. c. 2. & 6.* de ullo crimine transigere cum reo possunt: quoniam impunita manerent crimina nullo alio accusante. Quam ob causam nihil hic restat, quam ut Princeps crimen condonet: id autem non fit, nisi prius placatis amicis. *vid. Gomes. 3. var. resol. 3. n. 56. & seqq. Clar. lib. 5. §. fin. quæst. 58. Christ. vol. 1 decis. 152. Tulden. ad Cod. tit. de transact. n. 6. Matth. de crim. ad lib. 48. ff. tit. 20. c. 4. Groenew. de ll. abrog. ad l. transigere.*

CAP. VIII.

De vi & effectu transactionis.

SUMMARIUM.

1 Superest, ut videamus, quæ sit transactionis vis ac potestas. Et quidem illud in primis pro explorato habendum, transactionem iis duntaxat nocere aut prodesse, a quibus interposita est, aliis nequaquam. v,c. Duo rei promittendi pepigerunt, aut transegerunt inter se, ut unus totam summam persolvat: creditor nihilominus cum altero experiri potest, *l. debitorum* 25. *C. de pact.* Qui tres habuerat tutores aut curatores, cum duobus transegit, transactio cum duobus illis facta tertio ad exceptionem non prodest. *l.* 1. *C. hoc tit.* atque hoc generaliter locum habet in pactionibus omnibus. *l. fi. unum.* 27. §.4. *ff. de pact. l.* 2. *C. res int. al. act. l. quo tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur. l.* 3. *pr. ff. hoc tit.* ubi Imperatores Antoninus & Verus rescripsisse dicuntur, privatis pactionibus jus aliorum non lædi extra dubitationem positum esse. Ajunt *pactionibus privatis*, quia publicæ plerumque aliis & prosunt & nocent, cum quibus tamen factæ non sunt.

2 Occurrunt quidem & in privatis pactionibus casus, quibus transactio ab aliis facta aliis aut prodest aut nocet, sed non nisi ubi manifesta id suadet æquitas aut utilitas; veluti in *l. ult. ff. eod.* ubi debitori adversus emptorem hereditatis accommodatur exceptio transacti cum herede eoque venditore negotii ne sc. justa ignorantia debitori noceat. *fac. l.* 3. *C. de novat.* Item in *l. controversia.* 14. *ff. eod.* ubi hereditate inter scriptum & legitimum, heredem per transactionem divisa, creditores hereditarii, quamvis cum iis transactum non sit, utrumque pro divisis partibus convenire debent: sed hoc utilitatis causa propter incertitudinem successionis receptum dicitur.

3 Cæterum transactio inter ipsos transigentes eandem vim habet, quam res judicata. *l. non minorem.* 20. *C. eod.* Et eapropter causa transactione decisa & finita non magis quam sententia. *l.* 1. *C. sent. resc. non p. ff.* retractatur, ne alioqui nullus sit litium finis. *l. fratris.* 10. *C. eod.* Paria habemus apud Demosthenem in exceptione contra Pantæ netum, & pro Phormione. item apud Symmachum *lib.* 7. *epist.* 108 & seq. Atque hoc adeo verum est ut nec rescripto Principis causæ transactione terminatæ resuscitentur. *l. causas.* 15. *C. hoc tit.* sicut nec res iudicatæ. *l. ult. C. sent. resc. non poss.* nec jurejurando decisæ. *l. admonendi.* 31. *ff. de jurejur. l.* 1. *C. de reb. cred.*

4 Unde tres hæ exceptiones, transactionis, rei judicatæ & jurisjurandi, appellantur exceptiones litis finitæ *c.* 1. & 2. *X. de lit. contest.* nimirum quia impediunt litis ipsius ingressum, id est, quia repellitur actor agere volens post transactionem factam, litemve jurejurando aut sententia judicis decisam, per finem non recipiendi, ut in foro loquuntur pragmatici: cum aliæ exceptiones, quamvis peremptoriæ sint, veluti doli mali, pacti conventi, litis ingressum non impediant.

5 In tantum autem transactione lis finitur, ut etiamsi transactio facta sit de causa, ex qua is, qui transegit, non erat obligatus, tamen non audiatur allegans causam transigendi nullam fuisse. *l. nec intentio.* 23. *C. hoc tit.* sera quippe illa post transactionem allegatio est. Quinimo qui transactionis nomine promisit aut solvit, non recte dici potest sine causa promisisse aut solvisse, quia hoc ipsum ut à lite discedatur, satis justa causa videtur *l. in summa* 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* atque huc etiam pertinet *l. jj non.* 6. *C. de jur. & fact. ign.*

6 Quid

6 Quid si nova instrumenta postea reperta sint, quibus adversarius ostendere possit se non fuisse obligatum, ejusque rei judici fidem facere? Ne hoc quidem prætextu transactionem bona fide factam magis quam rem judicatam *l. 4. C. de re jud.* rescindi jura nostra patiuntur. *l. sub prætextu. 1. & 2. C. hoc tit.* quamquam initam ex falsis instrumentis retractari jubent. *l. pen. C. eod.* sed hoc etiam obtinet in re judicata. *tit. C. si ex fals. instrum jud. sit.*

7 Quamvis autem verum sit, quod diximus, causam transactione decisam retractari non posse, non est tamen usque adeo perpetuum, ut nullam habeat exceptionem. Neque enim dubitandum est, quin mutuo utriusque transigentis consensu dissolvi transactio possit. *l. si diversa. 14. C. hoc tit. l. nihil. 35. ff. de reg. jur.* atque hoc procedit non modo re adhuc integra, verum etiam re secuta, & reddita: quoniam partium consensu vis omni transactioni abrogata est *d. l. si diversa. f. tit. l. ab emptione. 58. ff. de pact.*

8 Unius autem pœnitentia rescindi non potest, nec si res adhuc integra sit. *l. si major. 36. l. quamvis. 39. C. hoc tit.* Nam etsi reus quæ transactionis causa placita sunt, præstare recuset; tamen si aliqua actio ex conventione nata sit actori, qua quod promissum est, persequi possit, ea experiri debet, litem decisam nihilomagis instaurare potest. *l. si pro fundo 33. C. eod.* Idemque est, si reo promissa transactionis causa non implente, pœna in stipulationem deducta sit. *l. promissis. 37. C. eod.* Quod si nulla eo nomine actori sit actio, poterit quidem ille jam veterem actionem instaurare. *l. si institutа. 27. ff. de inoff. testam. l. sive apud. 28. C. hoc tit. l. cum proponas. 21. C. de pact.* ceterum qua non absolute consequatur, quod ea actione petit, sed alterutrum, vel quod petit, vel quod reus transactionis causa promisit. *d. l. sive apud. C. hoc tit.* bene & plene *Donell. in d. l. si major. 36. C. eod.*

9 Præterea rescinditur transactio facta cum minore viginti quinque annis. *l. non minorem. 20. in fin. l. si majores. 25. l. si major. 35. C. hoc tit.* à contrario sensu. Sed non aliter, quam si hæc tria à minore doceantur, 1. se minorem 25 annis esse. 2. se læsum aut captum. 3. se imbecillitate consilii & ætatis lubrico in eam captionem incidisse; hoc enim & in aliis causis omnibus obtinet, adversus quas restitutionem postulat. *l. verum. 11. §. 3. & 4. l. intra. 39. l. de ætate. 43. ff. de minor. l. 4. l. 5. C. eod.*

10 Adhæc & eam transactionem retractari posse placet, quæ ex falsis instrumentis interposita est, id est cui falsa instrumenta causam dederunt, cum quis videlicet falsis instrumentis ab adversario prolatis, horum metu inductus transegit *l. pen. C. hoc tit.* quippe cum eadem ex causa etiam res judicata rescindatur, ut modo diximus. *l. 1. & pass. C. si ex fals. instrum.*

11 Non ignobilis hic occurrit quæstio, an ob enormem læsionem rescindi debeat transactio beneficio *l. 2. C. de resc. vendit.* puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Ego simpliciter id negandum existimo, nec unam ob rationem. Etenim transactio comparata est ad lites finiendas *l. fratris. 12. C. hoc tit.* sicut & jusjurandum, cui transactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* Et ideo quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an debeatur. *l. 5. §. 2. ff. eod. tit.* sic

lite transactione bona fide sopita nihil amplius quaerendum quam an transactum sit: ne alioqui remedium finiendarum litium, fiat earundem seminarium: estque in eam rem textus notabilis in *c. 1. x. h. t.* nec aliam rationem habet, quod placuit ne principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere *l. causas.16.C.hoc tit.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res judicata. *l.non minorem.20. C.eod.* At res judicata praetextu laesionis non retractatur. *l. 4. C. de re judicat.* Et sicut ex causa judicati solutum non repetitur condictione indebiti. *l.1. C. de cond. indeb.* ita nec solutum ex causa transactionis, etsi debitum non sit. *l. in summa.65. §.1. ff. eod tit. l.6. C. de jur. & fact. ignor.* Quid quod pecunia, quae transactionis causa solvitur, non datur tanquam in praeteritum debita; sed ob causam futuram, ut aliquid sequatur. *l. nec intentio. 23. C. hoc tit.* quod apprime notandum est. Et satis abundeque magna causa est, cui dicitur, quod a lite disceditur. *d. l. in summa. §. 1. ff. de cond. ind.* Il gaigne assez, ajunt Galli, *qui se met hors de proces.* Adhoc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur. *l. sub praetextu. 19. C. hoc tit.* At quae justior causa laesionis, aut quae gravior laesio? Potest enim instrumentum ostendere liquidum & integrum jus, quod forte accepta decima parte remissum sit. Scaevola in *l. Lucius Titius.78.§.ult. ff. ad SC. Trebell.* casum proponit, quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quandruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. qui sane locus non potest intelligi de transactione interposita postquam jam instrumenta reperta essent; ut putat Christinaeus *vol. 3. decis. 67. n. 3.* alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset: & quid si postea transactum, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem laesionem? Adde quod apud Scaevolam non illud quaeritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius, quam restiturum erat, in hereditate fuisse, sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine heres conveniri queat. Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam praetextu laesionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scaevola admittat, ut si transactum sit in reliquum fideicommissi nomine heres conveniatur. Etenim palam est transactione rescissa omnia in pristinum statum restitui: secus autem esse, si quis in reliquum duntaxat conveniri possit.

12 Non movet *l. si superstite. 5. C. de dol.* ubi filiae emancipatae quae cum patre super causa gestae tutelae bona fide transegerat, ob immodicam laesionem actio in factum adversus patrem datur. Nihil enim minus ex isto loco colligi potest, quam transactionem bona fide interpositam solo laesionis praetextu posse rescindi. Ajunt Impp. si filia immodice laesa fuerit ex liberatione quae transactionem secuta sit novatione & acceptilatione solenniter interposita, ei non quidem de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa laesio intervenerit dolo patris, libera-

tione

tione per fraudem filiæ expressa, & nimirum, quo si adversus extraneum ageretur, competeret actio de dolo. Dolum legibus vindicari nemo negat: sed illud quoque in confesso est de dolo agi non posse nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit. *l. non debet. 11. ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit. *l. sed & 15. §. ult. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut à pragmaticis vocatur, læsio, V. C. quæ ultra bessem sit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat commentum est interpretum in *l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. vid. Ant. Fab. Cod. suo for. hoc tit. def. 4. & de resc. vend. def. 3.* Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretationem recipere ex l. 2. C. resc. vend. quoniam dolus non ex quantitate damni, sed, ex qualitate facti æstimatur. *l. dolus. 10. C. eod. tit.* nec unquam esse potest [illegible]. *l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quia si modica tantum læsio intervenitet, non facile adversus patrem actio in factum subsidiaria actionis de dolo daretur; sicut nec dari solet actio ipsa de dolo pro modica summa adversus alium quemlibet *l. si quis. 9. §. ult. cum l. seq. d. tit.* ut bene *Ant. Fab. dec. 1. err. 7.* adde eund. *dec. 8. err. 10.*

13 Denique ratio cur actori transigenti hoc beneficium concedendum non videtur sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte illi non debebatur, quod petebat: & dato debitum fuisse, quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat: aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus. *l. 29. §. 3. ad leg. Aquil:* imo vix est, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio. fateor dubium eventum æstimari posse. *l. 23. ff. fam. erc. l. 12. ff. de act. empt. l. 11. de her. vend.* sed nego dubii eventus certam posse constitui æstimationem *d. l. 29. §. 3. l. quod debetur. 51. de pecul.* ac proinde nec certa læsio dici potest, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur: & tamen certam esse læsionem oportet, & quidem contractus tempore præcise inspecto, ut locus sit *l. 2. l. 8. C. de resc. vend.* quam ob causam etiam recte defenditur, remedium *d. l. 2.* locum non habere in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur. *l. 8. §. 1. ff. de cont. empt. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. 14. §. 1. ff. de her. vend. l. si plus. 74. §. ult. ff. de evict. l. 1. C. eod.* In reo transigente non videtur huic quæstioni locus esse, quippe cum nemo plus dare soleat, quam ab ipso petitur: sed tamen potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam petitur, potest tamen dicere se nihil debuisse, & nihilominus ad vitandam litem aliquid dedisse: quo tamen casu cum cessat condictio indebiti, quæ & ipsa ex humanitate & bono atque æquo introducta est. *l. pen. ff. de cond. ind.* etiam cessare debet remedium *d. l. 2.* Scio Pinel-

 lum

lum *ad d.l.2. p.1.c.3.n.5.* & bonam cum eo partem interpretum. beneficium *d.l.2.* porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, ipsamque adeo transactionem sed sane beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est: atique non ad transactionem, quæ ad liberationem & litis sopiendas comparata est, quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n.* 10. audaci sane interpretatione & multarum litium semina continente. optime *D. Andr. Gail. 2. obs. 70. Damboud. Prax. civ. c.* 100. *n.6. & seq. Ant. Fab. dec. 8. err.* 10. *Diod. Tulden. ad tit. Cod. de resc. vend. n.5. add. Christin. vol.1. decis.* 288. *& vol. 3. decis. 67. & ibi alleg.*

14 Postremo etiam transactio dolo malo facta rescindi potest. *l. 4. l. sub prætextu. 19. C. hoc tit.* Non est hic ipso jure nulla, etiamsi dolus causam transactioni dederit: Nam in solis bonæ fidei judiciis hoc receptum est, ut dolus dans causam contractui eum reddat ipso jure nullum. *l.7.pr.de dol. l.in causa. 16. §.1. de Minor.* in strictis judiciis non item. *l. si quis. 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stip.* cujus generis constat esse transactionem. Et ideo quod in l. *in summa.65.§.1. ff. de cond. indeb.* dicitur, ubi evidens calumnia detegitur, transactionem imperfectam esse & repetitionem dari, ad effectum & exitum referri debet, non ad jus summum: hoc enim ipsum, quod repetitio dari dicitur, satis arguit pecuniæ ob transactionem datæ dominium esse translatum, & summo jure processisse, quod gestum est. Cæterum qui dolo adversarii deceptus est, & circumventus, in hoc, ut transigeret; siquidem actor est, eique adhuc superstit actio, veluti si tantum pactus est se non petiturum, poterit instaurare actionem, reumque excipientem de pacto doli mali replicatione removere. *d. l. sub prætextu. 19. C. hoc tit. l. 5. C. de pact.* Sin autem vetus actio sublata est, ut fit cum actor reum interposita stipulatione Aquiliana, & secuta acceptilatione liberavit, poterit intra tempus constitutum exercere actionem de dolo, *d. l. sub prætextu. l. 4. C. eod.* Reus deceptus si nondum præstitit, quod transactionis nomine promisit, habet, si conveniatur, exceptionem doli: si præstitit, habet ultro condictionem sine causa, qua repetat datum ob eam causam, quam jure non subesse postea apparuit. *l. 1. ff. de cond. sine caus. Don. ad d.l. sub prætextu. & l. pen. C. hoc tit.*

15 Jurata transactio non tantum servari jubetur, sed etiam in eum, qui non servat & contra eam venit, pœna statuitur, eaque duplex. 1. infamia. 2. ut pœnam conventam solvat, & tamen agere non possit. *l. si quis major. 41. C. hoc tit.* Loquitur autem hæc lex nominatim de majore 25. annis; ac proinde ad minorem porrigenda non est maxime cum sit pœnalis. *fac. l. fere in omnibus.108.l. factum cuique. 155. §.2. de de reg. jur. l. in pœnis.x. eod. tit. 6.* Sed an ista constitutio etiam pertineat ad transactiones ipso jure invalidas, juramento tamen firmatas, quæsitum est. Respondeo tales transactiones jure civili per jusjurandum non confirmari. *l. si ex falsis 42. C. hoc tit. l. 5. C. de legib. l. 7. §. 16. ff. de pact. l. si quis. 112. §. ult. de legat. 1.* secus autem esse de jure Canonum, per *c. cum contingat. 28. x. de jurejur. c. quamvis. de pact. in 6.*

ens 6. Exempli gratia, non valet jure civili transactio de alimentis testamento relictis facta citra cognitionem prætoris, etiamsi jurata sit: jure tamen canonico talem transactionem jurejurando firmatam valere satis superque credo me ostendisse *sup. c.5.*

16 Circa effectum transactionis etiam quæritur de vi ac potestate generalis clausulæ, quæ nonnunquam transactioni de re una, aut etiam pluribus expressim factæ, subjici solet. qua scilicet cavetur. *omnia esse amicabiliter transacta & terminata, actoremque nihil amplius ab eo, cum quo agebat, petiturum.* Respondeo, eam hujus generalis clausulæ interpretationem faciendam esse, ut non de aliis causis transactum videatur, quam quæ specialiter deductæ fuerunt in præsentem petitionem: neque generalem hujusmodi clausulam quamvis adjectum non sit, *eo nomine*, trahi debere ad controversias, de quibus speciatim dictum aut cogitatum non fuit. *l. qui cum.9. in fin. ff. h t. l. si de certa.*31.*C. eod.* & ibi post alios pulchre Mornacius. Quod adeo verum est, ut tametsi stipulatio Aquiliana perimat non modo omnes obligationes. *l.* 4. *ff. eod.* sed etiam actiones in rem, *l. ut responsum.*15. *C. eod.* attamen generalis clausula stipulationis Aquilianæ hujusmodi transactioni subjecta non alias quæstiones perimat, quam de quibus actum & cogitatum fuit. *l.* 5. *ff. eod.*

17 Ubi pro eo, quod vulgo legitur, *liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit*, Grotius in *spars. flor.* post Desiderium Heraldum reponit, *Liberationem enim captiosam interpretatio prudentum fugit.* Et recte: neque enim de donatione agit Jurisconsultus, sed de liberatione, quam affert novatio, quæ fit per Aquilianam stipulationem & præcedentem obligationem perimit. quod & Pet. Faber jam antea animadvertit in explicatione *l. Divus Pius.* 28. *de reg. jur.* Quidam vir doctus. *c.* 24. *ad jus Attic.* legi vult, *Liberalitatem enim*, &c. quam vocem apud bonos auctores, certe apud nostros haud temere reperias: & videtur auctor iste parum æquus in Heraldum judex: aut certe aliquid humani passus contradicendi studio.

18 Nam & *c.*25.ubi cum in *l. & si quis.*14.*§. sed interdum.*7.*ff. de religios.* ita scriptum sit, *utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis, vel ipsius humanitatis*, &c. eam scripturam mordicus retinendam censet, cum Heraldus pro *humanitatis*, legendum *hæreditatis* judicasset. quo nec verius restitutus ullus locus, nec menda ulla acutius animadversa est: quod & Grotio in *flor. spars.* visum. Nam humanitas ad sequens & oppositum membrum pertinet; nec aliud est, quam misericordia. Hereditatis autem negotium gerit, qui heredem non novit, attamen ei vult imputare, quod facit. Sed hoc leve est. Rara enim magna ingenia sine istiusmodi nævulis: quibus nec ipse Aristoteles caruit; nec veteres JC. præsertim Labeonis Epitomates, Javolenus & Paulus, ut alibi ostendo.

19 Cæterum quod diximus, etiamsi transactioni de controversia aliqua factæ subjecta sit clausula, *nihil amplius peti.* non addito *eo nomine*; tamen eam clausulam trahendam non esse ad eas res aut causas, de quibus actum non est, ei obstare videtur locus Scævolæ in *l. qui Romæ.* 122. *§. ult. de verb.* *obl.*

ol. ubi talis species proponitur: Duo fratres consortes paternam hereditatem inter se diviserunt, transigendi, ut plerunique fieri solet, causa. *l. tres fratres. 35. ff. de pact.* & caverunt invicem, *nihil se contra eam divisionem facturos. & si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit.* Erant autem testamento patris invicem rogati, ut qui prior sine liberis vita fungeretur, partem suam fratri superstiti restitueret. Uno igitur ex iis sine liberis defuncto aliis scriptis heredibus, ab his superstes fratres hereditatem petiit ex causa fideicommissi. Ait jurisconsultus adversum eum pronunciatum esse, quasi de hoc quoque in divisione transactum fuisset; nempe eum repulsum esse exceptione transactionis. cum tamen, si vera sunt, quæ diximus, divisio illa per se non sit idoneum argumentum remissi fideicommissi. Respondeo, judicem, ut ita pronunciaret, alia argumenta movere potuerunt: neque enim verisimile est eo solo motum fuisse, quod fratres bona paterna transactione interposita divisissent, sed quia aliunde ei liquebat & satis probatum erat, de fideicommisso quoque fratres inter se transegisse. Quod si hæc responsio, quæ Cujacii est, non placet, dicam perperam illic à judice pronuntiatum fuisse, quod & aliquo modo ipse Scævola innuere videtur. Notum autem rem judicatam pro veritate haberi, eique standum esse, etiamsi male judicatum sit: & ob id etiam pœna in casu proposito censetur commissa. *d. §. ult. in fin.* & ita judicatum in supremo senatu Hollandiæ decis. 43. & curia Frisiæ. Sande *l. 4. tit. 5. defin. 14.*

20 Plane si tam aperta & enixa sint verba generalis clausulæ, ut dubitari nequeat quin de quæstionibus omnibus fuerit cogitatum, idque inter transigentes actum appareat, ne qua litis materia superesset, neu quid relinqueretur indecisum, tunc non debet illa generalis clausula coangustari ad rem certam, de qua nominatim etiam actum & transactum sit, & quæ transactioni occasionem causamque dederit: sed generalis decisio generalem quoque recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter transigentes supersit, qui non a lite tantum, verum etiam ab omni litis metu discedere voluerunt; Glossa notabilis in *l. sub prætextu. 29. C. h. t. Duar. ad h. t. c. 4. in fin. Mornac. in d. l. 29.* Idque est, quod veteres quidam dicere solebant, caveant tibi contrahentes à stipulatione Aquiliana. *Ant. Fab. Cod. suo for. h. t. defin. 6. & 12.* Illud autem extra omnem controversiam positum est, transactionem generalem factam super petitione generali officere transigentibus etiam quoad species postea repertas, quæ tempore transactionis latebant dummodo ad idem genus pertineant. *d. l. sub prætextu. 29. C. h. t. & ibi Gloss. & DD.* ut idem hic sit effectus transactionis, qui & sententiæ super petitione generali latæ: constat autem sententiam conformem esse debere libello, id est, petitioni & contestationi. *l. ult. C. de fideic. libert.* & ita cape Mornacium in *d. l. 29.* cum ait hujusmodi transactionem etiam ad ea pertinere, de quibus cogitatum non est: quod alioqui falsum est. Nunquam enim transactio, quantumvis generalis, trahenda est ad eas res, de quibus inter transigentes nec actum nec cogitatum est. *l. 5. l. qui cum tutoribus. 9. §. 1. & ult. ff. h. t.* bene & distincte Donell. ad *d. l. 29.*

ARN.

ARN. VINNII JC.

TRACTATUS DE COLLATIONIBUS.

Cap. I.

De significatione hujus dictionis collatio.

SUMMARIUM.

1 *Varia vocis* collatio *significata.* 2 *Operis adumbratio:*

Collatio vox est variæ significationis. Interdum idem significat, quod *comparatio*, *παραβολή*: interdum idem, quod *συμβολή*, *collecta*, *ἔρανος*, sive *contributio eranistica* aut *symposiaca*. Frequenter etiam eadem voce utimur pro contributione alicujus pecuniæ ad opus publicum, vel ad communem reipublicæ aut Principis usum, quæ Græcis *εἰσφορά*: *l. ult. §. præterea. 26. ff. de mun. & hon. l. 8. §. 3. ff. de vacat. mun.* Sueton. *c. 28. in Neron. Collationibus efflagitatis provincias pene exhausit.* item pro assignatione beneficii ecclesiastici vacantis, ut in jure Canonico *c. ult. de institut. & tit. de prab. & dign.* nonnunquam etiam aliis modis accipitur, sicut & verbum *conferre*; cujus etiam latior usus est, quam verbalis, ut videre est apud lexicographos. Cæterum varietas ista ex adjuncto facile discerni poterit. In proposito autem collatio est privatæ quoddam contributionis genus faciendæ inter liberos, qui simul admitti ad communis parentis successionem desiderant. Græce redditur *συνεισφορά*, quod à verbo *συνεισφέρειν* deductum est, quo etiam passim Græci in hac materia utuntur.

2 Hoc jus de bonorum collatione à prætore primum introductum est ex summa æquitate: postea vero mirifice auctum constitutionibus Imperatorum, & subinde parte aliqua iterum imminutum, ut quoad ejus fieri posset, æqualitas inter liberos conservaretur. Igitur ut distincte atque ordine in explicando hoc jure procedamus, primum initia ejus ac progressus obiter indicabimus, deinde singula, quæ ad perfectam hujus argumenti cognitionem pertinent, diligentius exequemur.

Cap. II.

Collatio qua contemplatione introducta, aucta, aut restricta.

SUMMARIUM.

1 *Quam ob causam necessitas collationis primum introducta. & n. 2. & 3.*
4 *Filios fam. ex edicto nihil contulisse.*
5 *Filia fam. dotem conferebat ex rescripto D. Pii, & quare.*
6 *Productio hujus juris ad donationem*

propter nuptias & successionem matris.
7 *Ad nepotes & neptes cum patruis & avunculis avo & aviæ succedentes.*
8 *Ad successionem ex testamento.*
9 *Ejusdem juris restrictio.*

QUa parte edicti prætor proposuit liberis emancipatis præteritis bonorum possessionem contra tabulas patris, ut bonorum possessione impetrata patri succederent etiam cum fratribus suis heredibus, seu qui in potestate & familia patris, cum is moreretur, adhuc erant; eadem parte edicti prætor emancipatos cum suis heredibus succedentes vocat ad collationem bonorum, id est, jubet bona sua fratribus in potestate retentis conferre. Idem fecit prætor & in ea parte edicti, qua liberos emancipatos ab intestato vocat unacum fratribus suis heredibus ad successionem patris data bonorum possessione. *unde liberi l.* 1. *ff. hoc tit. l. filium.* 20. §. 1. *de bon. poss. cont. tab. l. si emancipati.* 9. C. *hoc tit.*

1 Est autem hoc jus de collatione à prætore introductum minuendæ ejus injuriæ gratia, quæ admissis emancipatis ad bonorum possessionem *contra tabulas* aut *unde liberi*, fratribus eorum, suis heredibus fieri videbatur. Nam cum sui heredes soli jure civili heredes patri existant, exclusis liberis emancipatis. §. *emancipati.* 9. *Inst. de hered. quæ ab int. def.* adeoque magis quædam cœpti prius dominii continuatio, quam novæ cujusdam & alienæ hereditatis acquisitio in suis heredibus intelligatur. §. 3. *Inst. d. t. l. in suis.* 11. *de lib. & posth.* si una cum illis admittantur emancipati, quos constat è familia exiie, & extraneos nobis fieri, necesse est, ut hi illis hereditatem pro parte avocent; atque ita avocent, non modo bona paterna, sed etiam bona propria suorum heredum, cum patris quæ sunt, suorum heredum sint, & contra: unde est, quod passim in comœdiis servi filiosfam. heros minores vocant.

2 Adhæc cum liberi emancipati omnia sibi; sui autem, solo peculio castrensi & quasi castrensi excepto, omnia patri olim acquirerent, necesse erat & aliam hic enasci, suisque heredibus inferri injuriam, si emancipati bona quæsita sibi præcipua haberent, & tamen simul cum fratribus in potestate retentis ad successionem partis admitterentur.

3 Utrique huic injuriæ occursum est remedio collationis bonorum, videlicet si emancipati ad successionem patris una cum fratribus suis heredibus venire cupientes, bona sua, quæ si in potestate mansissent, patri fuissent quæsita, fratribus istis conferrent. Æquissimum est, ait Ulpianus, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna. *l.* 1. *pr. ff. hoc tit.* Recte, qui appetunt paterna, quoniam ea paterna jam fratrum esse apparet, qui jure civili soli sui heredes existunt: tum etiam, quia illorum bonorum jam pars sunt, quæ per filios fam. patri sunt quæsita.

4 Secundum formam edicti filiifam. nihil conferebant de suo, non peculium castrense aut quasi castrense; sed in eo nullo incommodo afficiebantur emancipati; quippe qui nec ipsi ea, quæ per occasionem militiæ, sive armatæ sive togatæ, sibi acquisiverant, conferre tenebantur. *l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. hoc tit.* ubi J. C. voce *peculii* abutitur: nam peculii nomen

nomen non cadit in eos, qui sui juris sunt. *l. paterfam. 182. de verb. sign. l. ult. in fin. C. de inoff. testam.* Peculium igitur illic ἀνεφορικῶς dictum est, quod peculium esset, si filius in potestate mansisset.

5 Sed nec filiafam. dotem, quam a patre acceperat, ex edicto conferebat; quamvis dos è bonis patris exire & proprium filiæfam. patrimonium esse intelligatur. *l. 4. ff. hoc tit. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 3. §. ergo etiam. 5. ff. de minor. l. 14. pr. ff. ad leg. falcid.* ubi Papinianus ait, dotem in hereditate patris non inveniri: & tamen emancipata cum cæteris bonis omnibus etiam dotem conferebat. Quod cum nonnihil iniquitatis haberet, placuit postea sola contemplatione æqualitatis, ut etiam filiafam. dotis collatione fungeretur; ne quod una in medium conferre cogitur, altera sibi proprium retineret. Hoc autem a Divo Pio primum constitutum videtur: *pr. l. 1. ff. de dot. collat.* generali enim edicto prætoris soli emancipati ad collationem vocantur. *l. 1. pr. ff. hoc tit.* Antonius Fabet in *Codice suo h. t. defin. 4.* Leoni hoc tribuit, sed male.

6 Exemplo vero dotis à Leone producta postea est collatio etiam ad donationem propter nuptias, quæ veteribus fuit incognita. *l. quoniam. 19. C. de inoff. testam. l. ut liberis. 17. C. de collat.* Idem Imperator longius progressus etiam in successione matris, cui liberi nihil acquirunt, locum habere collationem voluit; nimirum ex sola consideratione æqualitatis. *d. l. ut liberis. C. h. t.*

7 Sed & generaliter constitutum est, ut quoties descendentes alieni ex adscendentibus succedunt, huic juri esset locus, utque non tantum filius aut filia defuncti sibi invicem, sed etiam nepotibus & neptibus secum avo succedentibus conferrent, & hi vicissim illis, scilicet patruis & avunculis suis, haud secus ac juris fuisset, si parentes eorum, quos repræsentant, adhuc essent superstites. *l. illam. 19. C. hoc tit.*

8 Tandem Justinianus ad æqualitatem modis omnibus inter liberos servandam, & quo major esset occasio amoris & concordiæ (nam ut est in proverbio, τὸ ἴσον πόλεμον οὐ ποιεῖ) etiam ad successionem ex testamento jura collationum produxit, omnique casu, quo collationem ab intestato fieri jam antea necesse erat, eam etiam inter succedentes ex testamento fieri voluit, nisi expresse remissa sit aut vetita. *Nov. 18. c. 6.* unde *auth. ex testamento. C. hoc tit.*

9 Rursus ex contrario jus collationis subinde coarctatum fuit. Nam ex quo tempore Constantinus & insequentes Imperatores bona materna & materni generis patri acquiri noluerunt, proculdubio liberi emancipati ad collationem ejusdem generis bonorum desierunt teneri, cessante scilicet ratione collationis inductiva: nam etsi in potestate mansissent, tamen bonorum istorum proprietatem non patri, sed sibi quæsivissent; ut proinde concurrentes cum liberis in potestate constitutis, quo ad ista bona nullo eos incommodo afficiant. Ob eandem, quam dixi, rationem, & quidem solam, Justinianus in universum adventitia exemit collationi, eamque restrinxit ad sola profectitia. *l. ult. C. hoc tit.* quo nomine id omne ad effectum conferendi appellatur, quod provenit ex bonis ejus, de cujus hereditate agitur.

Hoc

Hoc aditu patefacto, tutius jam & sine offensa progrediemur. Et age igitur, singula porro, quæ in hoc argumento cognitu necessaria occurrunt, pensiculate consideremus.

CAP. III.

Quid sit collatio.

SUMMARIUM.

1 *Quæstiones principales in hac materia tractandæ.*
2 *Vulgatam collationis definitionem minus accuratam esse ostenditur.*
3 *Nova ab auctore allata & exposita.*

1 AD cognitionem juris de collatione constituti, quam hic quærimus, sex ferme sunt accommodatæ quæstiones; quas etiam ordine, sed paulo pluribus capitibus explicabimus. Prima est, in qua quæritur, quid sit collatio. Secunda, inter quos locum habeat. Tertia, quando seu qua in successione. Quarta, quæ bona in collationem veniant sive quid quisque conferat. Quinta, quomodo collatio fiat, & omissæ quæ pœna. Sexta & postrema, collationis quis sit finis, quis effectus. Quod si in his explicandis eadem subinde inculcabimus, cogitet lector in crebra juris mutatione id esse necessarium.

2 Collatio vulgo definitur rei propriæ in communem hereditatem illatio, ut æqualitas servetur, & ea servata bona hereditaria inter descendentes seu liberos, qui parenti succedunt, dividantur. *vide Nemansf. tract. de coll. lat. pr. n. 2. Sapiam in l. si emancipati. 9. C. hoc tit. Fernand. Vasq. de success. resol. lib. 4. §. 19. n. 1. & 7. seqq. Saport. tract. de collat. n. 11.* Sed hæc definitio examen legum de materia artium ferre non potest, & omnino vitiosa est, sive ad veteris sive ad novi juris normam exigatur. Nam etsi verum est, jure veteri non nisi propria bona in collationem venisse: quippe quo jure soli liberi emancipati conferebant; tamen non est verum de toto, de omni & semper, quod lex veritatis, quæ *κατὰ παντὸς* dicitur, requirit. Nam utique non conferebant emancipati ea, quæ reipublicæ militantes in castris aut toga sibi acquisierant, quæ maxime cujusque propria sunt. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* In eandem legem vel magis peccat ista definitio, si ad rationem novi juris examinetur. Cum enim hodie non modo emancipati suis, sed etiam sui emancipatis, & sibi quoque invicem conferant, & conferantur nunc non alia bona, quam profectitia, sive ea à matre, de cujus successione agitur, profecta sint sive à patre, & à patre profecta ne novo quidem jure filiis fam. acquirantur, sed parentum, quorum in potestate sunt, propria maneant, §. 1. *Institut. per quas pers. cuique acq.* hic jam vides, quam longe vulgata illa definitio recedat ab ista lege, quam dixi universalem & perpetuam veritatem in documentis artium requirere. Plane si proprietatem verbi spectamus, ea sola proprie conferri dicuntur, quæ nostra sunt, aut utique quodammodo nostra, ut dos & donatio propter nuptias à patre profecta. Cæterum & ea quoque dicuntur conferri, licet minus proprie, quæ, verbi causa, in pecu-

peculium à patre accepimus, nimirum ratione possessionis, aut potius detentionis duntaxat: quippe cum ea in bonis patris permaneant, atque in hereditate ejus reperta dividantur. *l. filiæ. 12. C. hoc tit.*

Collatio inquam κυρίως rerum est propriarum, non hereditariarum: sed tamen in his etiam posterior ætas verbo collationis usa est, ut significaret earum, omissa quasi quasi possessione, in commune restitutionem, collatione sc. opposita ei, quod alias præcipuum retinetur. *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Sic in *l. certum. 13. C. fam. ercisc.* dicitur liberorum peculia post mortem patris ad communionem esse revocanda, id est, conferenda: Græci συνεισφέρεται, *conferantur*; respectu videlicet usus & juris administrandi, quod habuerunt vivente patre, ut bene *Ioan. Saporta in tract. de collat. n. 77. & 2. seq.*

3 Sic igitur potius collatio definiatur. Collatio est contributio earum rerum, quas de bonis suis parens, de cujus hereditate agitur, liberis suis, ut liberis, in vita sua concessit, ob certam causam donavit, aut alias ea lege, ut conferrentur. Ajo *de bonis suis*, ut excludam adventitia, id est, quæ non ex bonis parentis, de cujus hereditate quæritur, sed aliunde liberis obveniunt; hæc enim novo iure collationi non sunt obnoxia. *l. ult. C. hoc tit.* & maxime castrensia & quasi castrensia, quæ semper à lege collationis immunia fuerunt. *l. 1. § nec castrense. 15. ff. eod. l. 12. C. eod.* Cum dico *in vita sua*, excludo legata & fideicommissa, item mortis causa donationem, quæ demum post mortem patris acquiruntur, & ideo in collationem non veniunt. *l. 10. l. 15. & l. seq. C. eod.* His verbis, *liberis ut liberis*, removemus hinc ea, quæ liberi, non ut liberi, sed ut extranei quilibet, capiunt; veluti si pater filium propter bene merita remuneratus sit: hoc enim casu videtur filius meruisse donationem, non ut filius, sed ut extraneus quilibet, quem nemo dixerit collatione fungi oportere. facit *l. à patre. 10. C. hoc tit.* ibi *extero jure capiens.* Sed de hoc pluscula inferius.

Per verba *ob causam donavit*, intelligo dotem & donationem propter nuptias, aliaque, quæ liberi à parentibus accipiunt, ut se exhibere, negotiationem aut artem aliquam &c. exercere possint. Itaque excludimus hic donationem simplicem, extra quam si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias: tunc enim naturam induit donationis ob causam. *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* Illis verbis, *aut alias ea lege &c.* immo etiam simplicem donationem conferri, sed ita demum, si ea lex donationi expresse dicta fuerit. *d. l. pen. §. 1.*

CAP. IV.

Inter quos locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1 *Ex edicto solos liberos emancipatos ad collationem vocare.*
2 *Eis soli emancipatum conferre, cui & aliquid aufert.*
3 *Ex sententia edicti quo casu emancipatus ad collationem vocetur.*
4 *Sententia l. 6. ff. de dot. collat.*
5 *Emancipatos ex edicto sibi invicem non conferre.*
6 *Explicatio l. 1. §. si sit filius. ff. hoc tit.*
7 *Hotomannus & Bachovius notati.*
8 *Sui nec inter se, nec emancipatis ex edicto conferunt.*

9. Nes

9 *Nec emancipati ex testamento hereditatem obtinentes suis heredibus.*
10 *Collationi locum fuisse etiamsi liberi ex capite unde liberi exclusi, ex sequentibus admitterentur.*
11 *Confutatio sententiæ contrariæ.*
12 *An liberi, qui sunt in adoptiva familia conferant fratribus naturalibus.*
13 *Explicatur l. 1. §. is quoque ff. hoc tit.*

1 SUccedit nunc secunda quæstio, inter quos collatio locum habeat. Edicto perpetuo, atque ita jure veteri ad collationem bonorum vocantur soli liberi emancipati, idque tunc demum, cum aut bonorum possessione contra tabulas petita, aut nullo testamento facto simpliciter ex capite *unde liberi* ab intestato succedunt una cum fratribus suis, qui in potestate patria manserunt *l. 1. pr. & §. 5. ff. hoc tit. l. si emancipati. 9. C. eod. l. filium quem. 10. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.* Ei autem suo emancipatus confert, cui & aufert aliquid ex causa hereditaria: ut ecce, filius emancipatus nepoti ex se suscepto & retento in potestate confert, non fratri: si non sit nepos, confert fratri. *l. 1. §. emancipatus. 13. ff. de conjung. cum emanc. lib.* vel si sit filius, & ex alio filio jam mortuo nepos unus, & ex alio nepote ex eodem filio nato & mortuo duo pronepotes, unus in potestate, alter emancipatus, pronepos emancipatus fratri soli confert, non patruo: si non sit frater, soli patruo, non patruo magno: si non sit patruus, patruo majori, id est, filio, quæ species est *d. l. 1. §. ult.*

3 Et quidem secundum verba edicti non aliter emancipati præteriti ad collationem urgeri videntur, quam si filii in potestate retenti heredes instituti, & ipsi contra tabulas bonorum possessionem petant, non si ea omissa ex testamento hereditatem amplectantur: sed ex sententia edicti etiam hoc casu conferendum iis esse Scævola respondit: quoniam pro parte sua bonorum possessionem petere potuissent; & utique injuriam per bonorum possessionem emancipatis datam patiuntur. *l. si filius. 14. ff. hoc tit.* Non obstat huic responso Scævolæ *l. pater filium. 6. ff. de dot. coll.* nam longe diversa species in *d. l. 6.* à Pomponio proponitur, nimirum ubi filius emancipatus heres institutus est, & filia in potestate existens exheredata, quæ inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit; quo casu ideo collationi locus non est, quia soror injuria à prætore non afficitur, eo quod frater emancipatus ex judicio patris venit. At apud Scævolam in *l. 10. d. tit.* refertur casus, quo filius ὑπεξούσιος heres est institutus præterito emancipato; atque hoc casu ex æquitate inducitur collatio. An circa hos casus mutatio aliqua facta sit jure τῶν νεαρῶν, dicemus postea.

5 Hinc jam elicimus hæc consectaria. Primum est, quod emancipati sibi invicem ex edicto nihil conferant, deficiente videlicet causa, propter quam collatio à prætore introducta est: nam cum pari jure omnes ad bonorum possessionem admittantur, nullo incommodo alter alterum afficit. *l. 1. §. totiens. 5. l. 2. §. si tres. 5. ff. hoc tit. l. 9. C. eod.* aliis autem non confertur, quam quibus pars hereditatis detrahitur; nec alii conferunt, quam qui detrahunt. *l. 1. §. emancipatus. 13. de conjung. cum emanc. lib.*

6 Sed objicitur huic sententiæ *l. 1. §. si sit filius. 16. d. tit.* Tractatur illic hæc ab Ulpiano quæstio; Tres erant fratres, unus emancipatus, duo in potestate

testate retenti, quorum alter duobus relictis filiis, uno in potestate avi, altero emancipato vita decessit. Avo mortuo filius emancipatus beneficio prætoris utitur, ut sibi ex hereditate patris partem ferre liceat. quæritur quæmadmodum bona sua, quæ ex eodem edicto fratribus conferre debet, partiri eum oporteat. Respondet Ulpianus ex sententia Scævolæ tres eum partes facere oportere, & superstiti filio trientem dare, sibi alterum retinere, nepotibus tertium conferre: quoniam nepotes in filiorum gradum succedentes, etiam in hac collationis causa eodem jure uti debent. *l.1. §. si pater 4. d. tit. l.2. §. si duo.7. ff. hoc tit.* Dicet hic aliquis, si emancipatus emancipato non confert, soli nepoti in potestate retento conferri totum illum trientem oportere. Hæc objectio etiã Cujacio *lib.3. obs.29.* gravissima visa est, mihi tamen non videtur adeo magni momenti, quia collatio illa non fiet simul & conjunctim ambobus nepotibus, sed ei uni duntaxat, qui in potestate avi manserat; emancipatus autem frater edicti beneficio dimidiam ei partem auferet; atque ita non directo, sed per interpositam fratris personam sextantem ex patrui emancipati bonis consequetur: quoniam frater in potestate retentus fratrem emancipatum admittere cogitur. *l. 1. §. emancipatus.13. ff. de conjung. cum emanc. lib.* & simile quid accidit in specie *l. 5. pr. ff. hoc tit. Saport. d. tract. n.50. & seqq. Suerin. 1. repet. lect. cap. 46. Hotom. 9. obs. 8. Bachov. ad Treutl. disp. de collat. thes. 3.*

7 Cæterum Hotomannus & Bachovius addunt aliquid, quod aut falsum est, aut non intelligo, quid sibi velint, nimirum per personam alterius nepotis, cui ajunt, liberos non habenti, cum frater idemque nepos emancipatus concurrens inferat injuriam, & ideo bona sua conferre teneatur, fieri, ut emancipatus patruus per consequentiam, propter nepotem in potestate, cui ipse patruus injuriam facit, nepoti quoque emancipato conferat. An igitur cum nepote in potestate retento, si ille liberos habeat, nepos idemque frater emancipatus non concurret, aut si concurrit, non infert injuriam aut necessitate conferendi non tenetur? ne ipsos quidem hoc dicturos arbitror. Et credibile est. *arg. d. l.1. §. emancipatus.13. de conjung. cum emanc. lib.* quem locum allegant, hoc eos sensisse, ipsum nepotem emancipatum, si liberos non habeat in potestate proavi retentos, fratri suo in potestate conferre debere, cui alias non conferret; de quo in *pr. hujus capitis* dictum est.

8 Secundum consectarium est; suos neque invicem sibi, neque emancipatis ex edicto conferre; quippe cessat & hic ratio collationis, quoniam sui patri suo ab intestato succedentes aut inter se aut cum emancipatis, nec sibi invicem aliquid auferendo injuriam faciunt, cum æquali jure omnes heredes sint ex antiqua lege 12. tabularum, nec emancipatis, à quibus potius ipsi injuriam patiuntur. *l.1. pr. & §. tertius.5. ff. hoc tit.* Sed nec extra bona castrensia & quasi castrentia, quæ libera sunt ab onere collationis. *d. l. 1. §. nec castrense.15.* filii fam. quicquam de suo conferre poterant, cum cætera omnia parentibus suis, quorum in potestate erant, acquirerent. *Saport. n.58.* Quod autem filiafam. dotem tam suis, quam emancipatis confert,

confert, id non ex edicto est, sed ex rescripto D. Pii. *l.1. de dot. collat.* de quo iterum inferius.

9 Tertium est; si emancipati scripti sint heredes una cum fratribus suis, & ex testamento hereditatem obtineant, eos bona sua fratribus non conferre. *l.6. de dot. collat. l. Pomponius Philadelphus.35. ff. fam. erc. l.1. l.7. C. hoc tit.* cessante videlicet etiam hic ratione edicti, quia nulla hoc casu fit injuria, neque quicquam fratribus avocatur, cum emancipatus à patre heres una scriptus est, & directo ex judicio patris succedit. Excipiendum est, nisi testator expressim aliud caverit. *d. l.1. & d. l.7.* Ad hunc autem locum non pertinet *l. si non mortis.25. ff. de inoff. testam.* quia nos loquimur de emancipato herede scripto; illic vero agitur de filio immerito exheredato, cui competit querela inofficiosi testamenti.

10 Illud quæsitum est, an collationi locus sit, etiamsi liberi tempore vel repudiatione exclusi ex primo capite *unde liberi*, ex secundo aut tertio capite, *unde legitimi* aut *unde cognati* admittantur. & magis est, ut etiam hic collationi sit locus. ut ecce, duo sunt filii, alter in potestate, alter emancipatus: uterque patre intestato mortuo neglexit petere bonorum possessionem ex prima parte, unde liberis defertur, & tempore exclusus est. Hic quidem ita jus est, ut nihilominus ex alia parte petere bonorum possessionem possint, filius in potestate vel ex capite *unde legitimi*, vel ex illo *unde cognati*; emancipatus ex ea parte *unde cognati* tantum. quippe absurdum prætori visum non est, eos qui diversas habent qualitates, ex diversis quoque capitibus successive admitti, & ipsos sibi ex hac parte successoria succedere; ita ut in specie proposita primo capite exclusi simul succedant ex alia atque alia parte edicti, & suus *unde legitimi* emancipatus *unde cognati* petere possint. *l.1. §. sed videndum.11. de success. edict. l.6. §.2. de Carbon. edict. l.4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss. serv.* Sed quæritur an hoc quoque casu emancipatus fratri suo conferre debeat. Et puto, ut dixi, conferre debere; ex sententia nimirum edicti, cui toties locus est, quoties aliquo incommodo is, qui in potestate est, afficitur interventu emancipati. *l.1. §. toties.5. & arg. l. si filius.10. ff. hoc tit.* & alias eludi posset conferendi necessitas. Confirmat hanc sententiam quod prætor liberos etiam ex inferioribus ordinibus venientes, non tantum ut agnatos aut cognatos, sed etiam ut liberos considerat. *l.6. §.2. ff. de Carbon. edict.* estque hujus rei argumentum, quod annuum nihilominus spatium habent, non ut cæteri, centum dies. *l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss. serv.* Et cum igitur liberi etiam ex secundo & tertio capite veniant tanquam liberi & jure liberorum succedant, ratio nulla dari potest, cur alter alteri, cui injuria fit, conferre non debeat.

11 Hoc fundamento posito; non difficile erit respondere rationibus Baldi, Cagnoli, Alexandri, Romualdi in *l. si emancipati 9. C. hoc tit.* & aliorum, ut *Nemausensis tract. de collat. c.2. n.19. Petri Tholosani lib. 46. syntag. c.8. n.23.* quibus illi moventur in contrarium. veluti cum ita argumentantur: collationi locus non est inter agnatos & cognatos: at liberi ex inferiore ordine venientes vicem agnatorum & cognatorum subeunt,

tunt, &c. hanc assumptionem falsam esse satis apparet ex iis, quæ modo dicta sunt. Nulla lege cautum est, inquiunt, ut inter eos, qui ex secundo aut tertio capite veniunt, conferendi necessitas esset. Inepta ratio, quoniam satis cautum est, ut sit collatio inter liberos: quos jam ostendimus, etiam tunc cum ex inferiore parte veniunt, tanquam liberos & jure liberorum succedere. Perspicue autem lapsus est Alexander in eo, quod putavit collationem esse rem odiosam: tantum enim abest, ut odiosa haberi debeat collatio, ut contra etiam favorem mereri videatur, tanquam conciliatrix concordiæ & æqualitatis. Jure recentiori res est plane liquida, *l. ut liberis.17.* illic, *quocunque jure intestatæ successionis. C. hoc tit.* quod etiam Seporta *tract. de collat. n.73.* bene observavit: & nostram hanc sententiam; quæ etiam communis est, contra *Bald.* & alios jam olim recte tutati sunt *Fulgos. & Roman. in d. l. si emancipati 9. C. hoc tit. ad Gilken. in d. l. 9. n.45. & seqq.* Jure novissimo hæc disputatio pene super vacua videtur, postquam *Nov.118. c.1.* tres ordines facti succedentium jure civili.

12 Quæritur, an liberi, qui sunt in adoptiva familia, conferant fratribus suis naturalibus. Quæstio hæc videri potest inepta: nam liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, patri naturali sunt extranei, non tantum jure civili, sed etiam honorario: & ideo præteriti, si adhuc in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, nec ad bonorum possessionem *contra tabulas*, nec ad illam *unde liberi* à prætore vocantur. *§. at hi. 10. cum seqq. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. §. adoptivi. 4. Inst. de ex her. lib.* Et quomodo ergo his quæstio moveri poterit de collatione, qui nihil auferunt. Et tamen apud Ulpianum *l. 1. §. is quoque. ff. hoc tit.* legimus, eum, qui in adoptiva familia est, conferre debere non quidem ipsum, sed qui eum habet in potestate, si maluerit bonorum possessionem accipere. *add. l. 12. de dot. collat.* quod à ratione juris plane alienum esse videtur. Et profecto ita est: sed locum istum Ulpiani restringi oportet ad casum, quo filius adoptivus à patre naturali heres institutus est, præterito alio filio sive suo sive emancipato. Nam ita edictum prætoris conceptum fuit, ut beneficio præteriti etiam institutus recte peteret bonorum possessionem contra tabulas. *l. 3. §. si quis. 11. l. si post. 10. §. ult. ff. de bon. poss. cont. tab.* quo casu res ad causam intestati redibat. & in terminis de datis in adoptionem idem Ulpianus in *l. 8. §. in adoptionem 11. d. tit.* scribit eos à prætore non submoveri, modo heredes instituti sint, eosque accipere bonorum possessionem contra tabulas; sed solos non committere edictum. Atque hæc explicatio & restrictio confirmatur etiam ex ipsa *l. 1. §. is quoque. 14. ff. hoc tit.* ait enim jurisconsultus, si pater adoptivus ante petitam bonorum possessionem filium sine fraude emancipaverit, eum ad collationem non cogi: atqui constat filium adoptivum post patris naturalis mortem emancipatum bonorum possessionem unde liberi aut contra tabulas petere non posse. hæc cũ non intelligeret Saporta, insigniter erravit *d. tract. n.60. & seqq.* ubi ita disputat, ac si in *d. l. 1. §. 14.* ageretur de collatione à filio adoptivo facienda naturalibus liberis defuncti, à quo & ipse adoptatus fuerat. Plane hodie postquam etiam inter institutos collationi locus esse cœ-

pit, in casu proposito non amplius desideratur, ut institutus beneficio prateriti bonorum possessionem contra tabulas perat. Apud nos, qui liberos adoptivos non habemus, hæc quæstio inutilis, ut & in reliquo Belgio. *Gro.1. manuduct. 6. Christin. vol.4. decis.158.*

CAP. V.

An alii præter descendentes collatione fungantur.

SUMMARIUM.

1 *De veteri jure frustra quæri, an inter adscendentes collatio locum habeat.*
2 *Novo jure quæstionem illam colorem habere posse: sed nec hoc jure collationem isto casu admittendam.*
3 *Multo minus collationi locum esse inter laterales.*
4 *Collationem interdum officio judicis induci deficiente remedio juris.*

1 AN adscendentes liberis suis succedentes collatione funguntur, de veteri jure frustra quæritur: quippe quo jure nunquam duo adscendentes simul succedebant. Nam filius quidem in potestate heredem ab inrestato habere non poterat, sed eo mortuo pater bona ejus jure peculii occupabat, etiam ipsa castrensia. *l.2. ff. de castr. pecul. §.1. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Emancipato autem liberos non habenti etsi ab intestato pater & mater succedebant, non tamen succedebant simul: sed pater excludebat matrem, sive ut manumissor heres existeret, sive non manumissori competeret bonorum possessio. *l.2. §. objicitur.15. ff. ad sena. Tertyll. l.10. ff. de suis & legit.* qua in re iterum graviter errat Saporta putans patrem & matrem æqualiter ex Tertylliano admitti *n.64.* Mater vero excludebat avum & proavum, quos placebat in Tertylliano matri non nocere. *d.l.2. §. objicitur.* Postquam autem liberis in potestate constitutis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, datus quidem etiam his fuit heres ab intestato, sed fratres & sorores parentibus prælati. *l.4. C. de bon. quæ lib. in pot. l.ult. C. comm. de success.* quod haud dubie etiam in successione liberorum emancipatorum simul obtinere cœpit, ut tamen hic pater manumissor præferretur matri, jure veteri patri servato. *l.2. C. ad sen. Tertyll.* Jam vero cum fratres, qui parentibus in successione potiores erant, nihil invicem conferrent, credibile non est ad parentes onus collationis pertinuisse, & ideo minus credibile, quia ante constitutionem Leonis nec liberi matri aut aviæ succedentes quicquam inter se conferebant: & omnino hic cessabat ratio, ob quam primum collatio introducta fuit, videlicet injuria, qua alter afficiebatur detracta parte hereditatis.

2 Sed postquam hæc ratio mutata est & functionem collationis ex sola æqualitate æstimari placuit, maxime jure novissimo, quo statim post liberos defuncti parentes ad successionem vocantur, & ita ut plures adscendentes simul succedere queant. *Nov.118. c.2.* absurdum quibusdam visum non est, si dicamus nunc etiam parentes liberis suis succedentes, bona quæ ab his acceperunt, in medium conferre oportere; quod & defendit *Aretinus in l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* & defendi posse existimat *Iason in l.9. C. eod.*

C. eod. Sed cum nulla lege aut constitutione de collatione à parentibus facienda cautum sit, & tantum de æqualitate inter liberos servanda etiam novissima Justiniani sanctione *Nov. 18. c. 6.* mentio fiat, satius est, ut nos intra septa contineamus; præsertim cum multa alia de liberis constituta sint, quæ ad parentes produci non debent, quorum magnam partem collegit *Iason in l. ult. C. unde lib. add. Nemans. cap. 2. n. 19. & quæst. 20. Saport. n. 64. Sichard. ad rubr. C. hoc tit. n. 10.* post *Cynum Bald. Castr. Rimin. in l. 9. C. eod. late Gilken. in d. l. 9. n. 39.*

3 Multo minus collationi locus erit inter cognatos lineæ transversæ; quia quod quis à fratre, aut patruo vel avunculo, aut alias cognatus quis à cognato inter vivos habuit, non potest videri datum animo minuendæ portionis hereditariæ postea obtingentis. Inepte autem pro hac sententia argumentum adducitur ex *l. 3. §. 1. ff. de leg. præst. contr. tab.* ubi negat jurisconsultus ex edicto illo legata conservari fratri & sorori: Nam si ex eo recte collegeris fratres & sorores collationi non esse obnoxios, necessario sequeretur onus collationis incumbere parentibus, quoniam his legata conservantur. *d. l. 3. §. 1. l. 1. eod.* Sed nimirum æqualitas & communio, quam collatio introducit, iis tantum apta & conveniens est, qui succedunt in bona demortui jure liberorum, quique simul veniunt jure quodam fraternitatis; quod ipsum per se nomen nihil aliud est, quam æqualitas & communio. & ita *DD. comm. ad l. 9. C. hoc tit. Nemans. c. 2. n. 1. Boër. decis. 302. Vasq. lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 27. Christin. vol. 4. decis. 2. n. 8.* Ex consuetudine Burgundiæ inter laterales quoque dandum esse locum collationi censet *Chassan. tit. de success. rubr. 7. §. 5. n. 59. & seqq.*

4 Plane si æquitas rei potestatem collationis inducere debeat, deficiente juris remedio succedet officium arbitri familiæ erciscundæ, ne quis coheredum id præcipuum habeat, quod citra cæterorum injuriam retinere non possit. Nam officium arbitri adminiculum est & auxilium subsidiarium, cui plerumque locus est ex æquitate, cum ratio juris deficit, ut in specie *l. 2. C. de inoff. donat.* item in *l. filii. 16. l. filia. 18. & passim C. fam. ercisc. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. defin. 1. & C. de pact. defin. 2.* ubi illustre exemplum.

CAP. VI.

De diverso jure succedentibus.

1 *An locus collationi, ubi unus è filiis institutus, alter exheredatus est sive uterque in potestate sit, sive neuter, & exheredatus per querelam testamentum evertat.*
2 *Quid si emancipatus heres institutus, frater exheredatus.*
3 *Quid si emancipatus heres institutus, frater exheredatus.*
4 *Quid si filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus.*
5 *Species l. 1. pr. ff. de dot. coll. & an ea procedat, cum filia heres scripta se misceat, præterito forte filio emancipato.*
6 *Iure novo de his frustra disputari.*

DUo sunt filii, quorum unus à patre institutus est heres, alter exheredatus, qui inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit: potest enim testamentum ex post facto pro parte per querelam rescin-

 dі, &

di, & ita ex accidenti fieri, ut quis vi ipsa pro parte tantum testatus decessisse videatur. *l.* 15. *in fin. l. circa.* 24. *& l. seq. in fin. ff. de inoff. test.* Itaque in casu proposito alter ex testamento, alter ab intestato succedit.

1 Quæritur, an locus sit collationi? Et jure quidem veteri nulla in hac specie erat collatio, sive uterque filius in potestate fuisset, sive neuter: nam nec sui inter se, nec inter se emancipati eo jure quicquam conferebant, excepta filiafam. quæ ex rescripto D. Pii dotem conferre fratribus cogebatur, de quo dictum supra est.

2 Sed etsi ponamus alterum fuisse emancipatum, alterum in potestate, & emancipatum à patre heredem scriptum, fratrem exheredatum, quamvis hic frater exheredatus actione de inofficioso mota testamentum patris pro parte postea everterit, & ita in partem dimidiam bonorum patris tanquam ab intestato succedat, cessabit nihilominus collatio: quoniam suus non conferebat emancipato, nec hic item emancipatus suo, propterea quod ex judicio patris venit. *l. pater filium.* 6. *ff. de dot. collat.*

3 Sed finge filium in potestate heredem institutum, emancipatum præteritum, hic si emancipatus petita bonorum possessione contra tabulas testamentum patris pro parte evertat, etiamsi frater omissa bonorum possessione, quam beneficio præteriti accipere poterat, ex testamento hereditatem amplexus sit jure quoque veteri emancipatus fratri suo heredi conferebat, non quidem ex verbis edicti, aut summo jure; sed ex æquitate & edicti sententia: cum utique etiam hic per bonorum possessionem ab emancipato agnitam suus injuriam patiatur. *l. si filius.* 10. *ff. hoc tit.* multa in contrarium disputat *Ant. Fab. dec.* 40. *& seq.* contendens *d. l.* 10. corruptam esse a Triboniano, additumque totum illum versum, *Sed magis sentio &c.* verum frustra & incassum; longeque alius casus proponitur in *l.* 6. *de dot. collat.* quam in *d. l.* 10. *ff. hoc tit.* illic proponitur filius emancipatus hæres institutus, filia in potestate exheredata: hic filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus. aliam plane rationem habet species a Triphonino proposita in *l. filium quem.* 20. *ff. de bon. poss. cont. tab.* cum scilicet filio in potestate exheredato & emancipato præterito scriptus heres extraneus hereditatem repudiat. hic enim non ideo solum, quia diversa jure emancipatus & in potestate retentus succedunt, ille accepta bonorum possessione contra tabulas, hic ab intestato ipso jure, placet emancipatum non conferre: verum etiam & maxime ideo, quia hic emancipatus nullam in potestate retento injuria facit, ut recte *Bart. ad d. l.* 20. *§.* 1. *Vasq. de success. tom.* 3. *lib.* 2. *§.* 19. *n.* 18. Imo propter personam emancipati præteriti. cui soli à prætore defertur bonorum possessio contra tabulas (unde occasio omittendæ hereditatis à scripto herede nihil habituro) exheredatus quodammodo nomen sui heredis adipiscitur. *d. d. l.* 20. *pr. & §.* 1. *in fin.*

4 Similiter rescripto Imperatoris D. Pii collatio producta est in specie. *l.* 1. *pr. de dot. collat.* ubi filiafam. quæ neglecta bonorum possessione hereditati paternæ se miscet, dotem conferre tenetur, cum ex edicto collatio tantum fiat inter succedentes jure prætorio, bonorum possessione *contra tabulas aut unde liberi* petita. Quidam putaverunt hoc etiam procedere eo casu,

casu, quo filia testamento patris heres scripta se miscuit, puta prærerito filio emancipato, qui bonorum possessionem contra tabulas accepit, & sua bona conferre tenetur: neque hic ullam esse absurditatem, *arg. d. l. 10. hoc tit.* Ego tamen dubito, quoniam hic filia ex judicio patris directo venit, quo casu cessat collatio. *l. 6. l. 7. ff. de collat. dot. l. 1. C. hoc tit.* & si filia cum fratribus heres instituta non confert *l. 7. C. eod.* multo minus ad collationem urgeri posse videtur, si sola heres scripta sit.

5 Finge iterum filium, qui in potestate est, heredem scriptum, emancipatum exheredatum, hic erit emancipatus ad bonorum possessionem contra tabulas non admittatur. *l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* ac proinde nec frater heres scriptus beneficio exheredati: tamen si emancipatus de inofficioso questus patris testamentum resciderit, adhuc dicendum videtur ex humanitate & sententia edicti conferre eum debere fratri heredi scripto, qui non minus per querelam inofficiosi, quam petita bonorum possessione contra tabulas injuria afficitur adempta parte hereditatis. & hoc fortius, quam in specie *d. l. 10. hoc tit.* An vero dicemus idcirco emancipatum hic non conferre, quia contra tabulas petere non potuit, & ideo hic cessare partes prætoris? *arg. l. 7. ff. de dot. collat.*

6 Sed de his frustra disputamus post constitutionem Leonis in *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* & jure novissimo cum etiam inter eos collatio locum habeat, qui ex testamento & judicio patris veniunt, necesse est ut nunc etiam ii conferant, qui diverso jure veniunt: cui illud quoque consequens est, quod in casu *d. l. 10. ff. hoc tit.* nunc mero jure collatio facienda sit, & facienda etiam in casu *l. 6. & l. 7. ff. de dot. collat.* utpote sublatarum per *Nov. 18. c. 6.* quæ & communis est opinio teste *Jas. in d. l. 17. C. hoc tit. col. 5. vers. in ultima. parte. Graff. lib. 2. rec. sent. quæst. 4. Nemaus. sens. d. tract. quæst. 32. Vasq. lib. 1. de success. resol. §. 19. n. 54. & seqq.*

Cap. VII.

De mutatione progressu temporis facta circa personas conferentium.

SUMMARIUM.

1 *Collatio dotis à quo quam ob causam imposita filiisfam.*

2 *A quo quam ob causam collatio dotis & donationis propter nuptias liberis omnibus injuncta.*

3 *A quo qua de causa producta collatio ad succedentes in linea materna.*

4 *Item ad nepotes & neptes succedentes cum patruis & avunculis.*

5 *A quo tandem quam ob causam tracta collatio ad succedentes ex testamento.*

6 *Inter liberos collationem fieri debere, etiamsi cum his extraneus heres scriptus sit.*

7 *Ad excludendam collationem sufficere voluntatem defuncti ex evidentibus conjecturis elicitam.*

8 *Non conferri, quod datum est ultra portionem hereditariam.*

PRocedente tempore etiam liberis in potestate positis onus res quasdam conferendi impositum est, & tam in vicem sibi, quam fratribus emancipatis simul ex edicto succedentibus, bonorum scilicet possessione *unde liberi* aut *contra tabulas* petita.

1 Et quidem primus D. Pius constituit, ut filiafam. dotem, quam à patre acceperat vel promissam habebat, fratribus conferret. *l.1. pr. ff. de dot. collat. junct. l.3. l.4. l.8. l. filia. 12. C. hoc tit.* quod ratio æqualitatis suasit, eo quod pater dotem ex officio dare tenetur, & dos etiam profectitia propter jus filiæ, quod constante matrimonio habet, è bonis patris quodammodo exit, de quo dictum superius *c.2.* Putaverunt nonnulli obstare *l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. ercisc.* sed male: quoniam Papinianus illic tractat de filia testamento patris herede instituta, quo casu filia non conferebat dotem. *l.7. C. hoc tit.* Quod cum à D. Pio constitutum esset in dote, Leo Imperator, propter similitudinem dotis, idem juris esse voluit & in donatione propter nuptias, quæ veluti alia quædam dos sive ἀντίφερνη, & dotis quædam compensatio est; veteribus autem incognita. *l.29. C. de inoff. testam.*

3 Idem Imperator collationem produxit etiam ad successionem intestatam in linea materna. *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* Itaque ex eo tempore liberi omnes, sive sui sint, sive emancipati, sive soli sui, sive soli emancipati, sive inter se mixti, sive nec sui, nec emancipati, quocunque jure intestatæ successionis parentibus heredes existant, ad collationem vocantur. Hoc autem ex sola consideratione æqualitatis à Leone constitutum est. nam liberi matri non acquirunt, aut matri ex senatusconsulto succedentes, quemquam injuria afficiunt, præter agnatos, quibus alias ex lege duodecim tabulatum deberetur hereditas: sed horum in causa collationis nunquam ratio habita fuit.

Plenius itaque Leo non solum in dote, sed etiam in donatione propter nuptias de collatione cavit; videlicet ut sine distinctione à patre, an a matre, avo, avia, proavo, proavia, paternis, maternis dos aut donatio propter nuptias profecta esset, conferretur; idque locum habere voluit tam in suis, quam in emancipatis. *d. l.17.*

Justinianus autem insuper sustulit scrupulum, qui ortus erat ex constitutione Arcadii & Honorii in *l. nepotes. C. Theod. de legit. hered.* an quod statutum erat in collatione per nepotes avunculis facienda, etiam in patruis, amitis, materteris, & contra probandum esset. Fecit hoc Justinianus in *l. illam. 19. C. eod.* ubi scrupulum illum tollens generaliter cavet, ut nepotes avo aut aviæ succedentes ab intestato non tantum inter se, sed etiam patruis, avunculis, amitis, & materteris defuncti liberis ac coheredibus suis, atque hi vicissim illis conferant. *Bart. Ias. Alex. & alii ad d. l.19.*

4 Nondum erat collatio inter eos, qui succedebant ex testamento. *l.6. l.3. ff. de dot. coll. l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. ercisc. l.1. l.7. C. hoc tit.* nisi nominatim testator collationem injunxisset. *d. l.1. C. hoc tit.*

5 Tandem autem etiam hoc jus mutavit Justinianus; atque ut omnimodo æqualitas inter liberos servaretur, constituit, ut liberi, quamvis heredes scripti bona inter se conferant, uti conferrent, si ab intestato parenti successissent, nisi testator expresse collationem remiserit aut inhibuerit. *Nov. 18. c.6.* unde *auth. ex testamento. C. hoc tit.* Aliter nimirum testamento facto Justinianus voluntatem patris de collatione admittenda interpretatus

pretatus est, aliter veteres & priores legum conditores. Veteres verba defuncti secuti sunt, & ex verbis de collatione judicarunt, ut si testator collationem injunxisset, bona conferri deberent; si de collatione nihil dixisset, tunc nihil quoque conferri ex voluntate ejus deberet. Justinianus autem sententiam parentum spectavit, non verba, & credidit, nec sine ratione, semper in dubio hanc videri esse mentem & votum patris, ut æqualitas & concordia inter liberos servetur, nec alter plus altero consequatur. Quod autem de collatione nihil caverit pater, id videri factum, quia aut cogitatione mortis præpeditus ὑπὸ τῆς ἐν τῷ θανάτῳ ταραχῆς συγχυθέντος, aut alia cogitatione impeditus, non meminerit eorum, quæ prius à se data fuerunt. Ad hanc enim æquitatem ut res revocetur, expresse testatur Imperator, se etiam collationem exigere à scriptis heredibus. *d. Nov.* 18. *c.* 6.

6 Nec dubito, quin inter liberos collatio fieri debeat, etiamsi cũ his extraneus aliquis heres scriptus sit: quoniam cum per adjectioné extranei heredis non tollatur ratio juris novi, quæ æqualitatem inter liberos desiderat, nec hac adjectione videri potest remissa collationis necessitas. Extraneo autem heredi conferendum esse, aut hunc conferre oportere nemo, credo, dixerit. *Nemaus. c.* 2. *n.* 18. *Rimin in l.* 9. *hoc tit. n.* 181. *Ant. de Amat. n.* 156. *& seq.*

7 Illam autem restrictionem nostram *nisi testator expresse collationem remiserit aut prohibuerit*, juxta *d. Nov.* 18. *c.* 6. non sic accipi volumus, quasi ad excludendam collationem omnino necessariam puremus verbis directo inhibentibus aut remittentibus expressam parentis voluntatem: sed voluntatem quoquo modo significatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti si pater majorem partem bonorum filio assignaverit, quam filiæ, addita hac ratione, quod filiam dotasset: ex eo enim satis intelligimus eum noluisse dotem à filia conferri per *l. ex parte* 39. §. 1. *ff. fam. ercisc. & ibi Costal.* unde *Wamese. cent.* 2. *civil. cons.* 44. recte respondit, testatorem, qui quasdam res à filia conferendas specialiter designaverat, intelligi reliquas à collatione exemisse. Sed & in casu præcedente idem probandum esse, licet causam inæqualis divisionis non expresserit pater; & ad collationem impediendam, si alias inæqualitas oriretur, sufficere voluntatem defuncti conjecturis collectam, contra *Fulgos. & Roman.* contendit *Aretin. in l.* 9. *C. hoc tit. col.* 2. *arg. d. l.* 39. §. 1. *fam. ercisc.* cujus sententiam ab æquitate commendat *Nemaus. quæst.* 33. sequitur *Cravett. cons.* 85. *&* 125. *Surd. cons.* 143. *n.* 11. *&* 19. & alii laudati & probati a *Fachin. lib.* 5. *c.* 78. quibus suum quoque calculum adjicit *Cl. D. Tulden. ad C. h. t. n.* 2. Qua eadem ratione, etsi regulariter dos conferri debet, tamen si pater majorem filio, quam filiæ portionem reliquerit, censendus est tacite onus conferendi remisisse. *Mantic. lib.* 6. *de conj. ult. vol. tit.* 2. *n.* 11. *post Odofr. Alber. Floria & alios ibid. citatos.* Denique ob hanc eandem causam non confertur, quod præter & ultra portionem hæreditariam datum est; veluti si pater filiæ suæ nomine dotem dederit centum aureorum addita hac clausula: *idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura est*: quippe qua adjectione collatio non obscure remittitur. *Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin.* 2.

CAP. VIII.

De filio & ex eo nepote institutis; deque filia instituta, quæ alias statuto extantibus masculis excluderetur.

SUMMARIUM.

1 *Certo jure olim cessasse collationem si filius & simul nepos ex eo instituti fuissent.*
2 *Sed nec novo aut novissimo jure collationem isto casu procedere.*
3 *Casus superiori non absimilis.*
4 *Filiam. quæ statuto à successione patris extantibus masculis excluditur, heredem cum fratribus scriptam, collationi obnoxiam non esse.*

1 IUre veteri, si pater filium & ex eo nepotem heredes instituisset, cessasse collationem certum est: quoniam omnium institutorum idem jus erat, cum omnes venirent ex judicio parentis, ut & succederent jure proprio, & nemo per alterum incommodo afficeretur: sic enim si emancipatus una cum suo heres institutus fuerat, cessabat ob eandem causam collatio, & omnino non erat locus collationi inter succedentes ex testamento, de quo *c. præced.*

2 Sed nec novissimo jure: quo etiam inter succedentes ex testamento jus collationis est, in casu proposito collatio admittenda: quia cessat ratio, obquam etiam in testamentaria successione locum habere collationem placuit, nimirum conservatio æqualitatis inter liberos: sed inter eos liberos nimirum, qui jus æquale habent in successione paterna, & qui si testamentum factum non esset, jure liberorum ab intestato hereditatem obtinuissent. quod in proposito non est, utpote cum pater in successione intestati nepotem ex se natum in totum exclusisset. Absurdum quippe est dicere eos, qui in successione intestata jus nullum habent, si fuerint cum aliis instituti, inducere collationem: nam æqualitas illa respicit æquale jus liberorum in successione intestati; & alias magis induceretur inæqualitas; ita post *DD. vulgo in l. 9. C. hoc tit. Nemausf. quæst. 25. Pet. Tholos. 5 9. syntagm. 8. n. 22. Gomes. ad legem Tauri 29. n. 7. Cilken. in l. 9. C. hoc tit. n. 48.*

3 Similiter si verbi causa testator Titium filium suum ex sola portione legitima heredem scripserit, in reliquis autem bonis nepotes tum ex eodem Titio, tum ex Mævio filio altero prædefuncto, dicendum est Mævii liberos donationem propter nuptias, quam pater eorum à testatore eodemque patre suo acceperat, conferre non teneri; quoniam testamento non condito liberi Titii in successione avi nihil juris vivente Titio habituri fuissent, sed extraneorum loco futuri. Et mirum est eos, qui secus sentiunt, ad confirmationem contrariæ sententiæ proferre *l. si nepotes. 7. ff. hoc tit. & l. ut liberis. 17. C. eod.* quippe quibus locis agi constat de successione intestata, ac proinde de iis nepotibus, qui in ea successione jus habent, eo quod successerunt in locum patris *d. l. 7.* aut etiam matris juxta jus novum introductum à Leone in *d. l. 17.* Quamvis autem Justinianus collationis jus produxerit etiam ad successionem testamentariam, semper tamen ponendi sunt termini habiles κατὰ τὸ ἤδη λεγόμενον, ut ipse loquitur; nempe si illi liberorum heredes instituti

instituti fuerint, qui & ab intestato venire poterant, aut qui immerito exheredati præteritive, queri de inofficioso. vel bonorum possessione contra tabulas petita testamentum patris evertere possent. Ita recte Curia Frisiæ apud *Ioan. à Sande lib. 3. tit. 10. defin. unic.*

4 Ex his fere judicari etiam potest, quid ad illam alteram quæstionem respondendum sit, an filia statuto existentibus masculis à successione ab intestato exclusa, & à patre simul cum fratribus herede instituta, ad collationem vocanda sit: nimirum idem, quod in casu superiore, non cogendam conferre; quoniam cum ita exclusa nihil juris habeat in successione patris intestato mortui, si instituta sit tanquam extranea venire videtur: extraneos autem collatione non fungi in confesso est. *l. ult. C. comm. utr. ind.* Utique jure liberorum censendi non sunt, quibus nec legitima debetur, sed qui alendi tantum, & qui nec bonorum possessionem *unde liberi*, nec præteriti *contra tabulas* petere possunt, nec exheredati queri de inofficioso. Quod si soror in proposito fratribus conferre deberet, fratres quoque vicissim huic conferre tenerentur; quod est absurdum & contra sententiam ac favorem statuti. Nec obstat, quod statuto duntaxat locus sit in causa intestati, hic autem filia heres cum fratribus instituta proponatur, atque, ut vult *Iason in l. 9. C. hoc tit. col.* 8. non ut extranea, sed ut filia ex paterno affectu: nam æquale jus liberorum, quod habuissent in causa successionis ab intestato, etiam fundamentum est collationis faciendæ in successione testamentaria. *Nov.* 18. *cap. 6.* & magis est, ut quod ex testamento patris hic filia consequitur, id extero jure, ut quilibet alius extraneus, capiat. *arg. l. à patre.* 10. *C. hoc tit.* ita *Nemausf. d. quæst.* 25. *Pet. Tholos. d. num.* 24. *Cravett.* 1. *con.* 11. *n.* 13. *post Bald. in l. ult. C. de lib. præt. cod. fin. Bart. in l. ult. ff. ad sen. Tertyll. Rimin. ad l. 9. C. hoc tit. n.* 237. *& seqq.*

CAP. IX.

Quando seu qua in successione locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1 *Olim collationi locum non fuisse, nisi in successione ab intestato.*
2 *Quid si non testamentum, sed codicilli facti essent.*
3 *Confutatio vulgatæ distinctionis inter codicillos de toto & de parte disponentes.*
4 *Qui bonorum possessionem omittit contentus codicillis sibi relicto, ad collationem non urgetur.*
5 *Cur codicillis factis collatio nihilominus processerit, testamento facto non item.*
6 *Quæstiones hujusmodi hodie supervacuas esse, post Nov. 18. c. 6.*

OFfert se nunc tertia quæstio, quando seu qua in successione collationi sit locus. Olim qui ex judicio patris veniebant, non sustinebant onus collationis, nisi id expresse injunctum fuisset: sed collatio tantum locum habebat in successione intestata *l. 3. l. 6. ff. de dot. coll. l. 1. l. 7. l. ut liberis.* 17. *C. hoc tit.* quanquam nihil interesat, testamentum factum non esset, an quod factum erat, eversum esset, per bonorum possessionem contra tabulas, aut per querelam in officiosi. *l. 4. d. l. 17. C. hoc tit.* atque ejus rei jam sæpe mentio facta est.

2 Quæsitum autem ab interpretibus est, quid juris fuerit, si non testamentum, sed codicilli facti essent. *Curtius, Cagnol. Rimnald. in l. 9. C. hoc tit.* distinguunt inter codicillos disponentes de toto, & disponentes de parte aliqua, atque illis asserunt collationem impeditam fuisse, his non item: nimirum illi codicillos, quibus disponitur de toto (quanquam hoc minus accurate dicitur, cum codicillis non detur hereditas) putaverunt comparandos testamento, ut sicuti testamento institutus filius emancipatus non conferebat, ita nec collationi obnoxius fuerit in casu codicillorum disponentium de toto, id est, ut ego puto, de bonis universis aut parte hereditatis emancipato restituenda, quoniam hic succedit tanquam ex judicio patris: at ubi de re aliqua singulari disponunt, idem dici non posse.

3 Ego vero non possum animadvertere, quid ad causam collationis intersit, de toto codicilli, an de parte disponant: siquidem ex codicillis non succeditur: de collatione autem quæri non potest, nisi inter eos, qui simul succedunt. Ponamus patrem filium emancipatum codicillis rogasse, ut portionem hereditatis fratri suo in potestate retento restituta. Hic filius emancipatus non succedit ex codicillis, aut directo venit ex judicio patris; sed ut succedat, beneficio prætoris opus est, bonorum possessione unde liberi: quam si petat, bona sua fratri, cum quo simul succedit, ne incommodet suo heredi, conferre debet. Partem autem, quam rogatus est restituere, restituet retenta quarta ex Senatusconsulto, eamq; præcipuam habebit. *arg. l. à patre. 10. l. filiam. 16. C. hoc tit.* Idemq; omnino juris est, si liberi emancipati codicillis rogati sint de re singulari fratribus in potestate retentis restituenda. *dd. ll.*

Ponamus ex contrario patrem codicillis à filio in potestate constituto fidei commissum hereditatis aut rei singularis reliquisse filio emancipato: nihilomagis emancipatus ex judicio patris succedit; & codicillis non obstantibus bonorum possessionem *unde liberi* petere debet: quam si petierit, cum filio in potestate concurrens bona quoque sua conferre cogitur, ut tamen quæ codicillis relicta sunt, quoniam extero jure capiuntur, præcipua habeat. *l. à patre. 10. l. filiam. 16. C. hoc tit. & ibi Gloss. & DD.*

4 Plane si bonorum possessionem omiserit, contentus eo, quod sibi relictum est codicillis, hoc casu ad collationem eum urgeri non posse certum est: quoniam nemo ad collationem vocatur, qui non appetit successionem. *l. ult. ff. hoc tit. l. ex causa. 25. C. fam. ercisc.*

5 Sic ergo omnino habendum, jure veteri locum esse collationi etiam tunc, cum codicilli facti sunt, quoniam nihilominus succeditur ab intestato; sed codicillis uni ex liberis relicta in contributionem non venire; quia hoc non ut liberi, sed ut extranei quilibet, capiunt. *dd. ll. junct. l. 2. §. 6. ff. hoc tit.* Testamenti longe alia ratio est: nam si in eo institutus esset filius emancipatus, tum & partem suam, ex qua heres scriptus erat, consequebatur & de suo nihil conferebat: quoniam directo ex judicio patris succedebat: si vero præteritus esset, hic contra tabulas bonorum possessionem petens, quod ipsi relictum erat, præcipuum habere non poterat, cum testamentum & judicium patris everteret. *l. 5. §. 1. ff. de legat. præstand. add. Ant. Fab. dec. 40. err. 4.*

6 Hæc

6 Hæc quæstio adhuc locum habere potest, sicubi locorum observetur, ut collatio tantum fiat in causa successionis ab intestato: alias supervacua est, cum jure communi ex constitutione Novella Justiniani etiam ex testamento conferri oporteat, & omni casu, quo collationem ab intestato fieri necesse erat; nisi collatio expressim prohibita aut remissa sit. *Novell.* 18. *c.* 6. unde *auth. ex testamento. C. hoc tit.* & *ibi. DD. vulg.*

Cap. X.

De bonis collationi obnoxiis, & contra.

SUMMARIUM.

1, 2, 3, 4, 5. *His numeris continetur brevis quadam repetitio eorum, quæ supra disputata, præsertim cap.* 2.
6 *Distinctio peculii filiorum fam.*
7 *Hanc distinctionem in argumento de collatione etiam in emancipatis usum habere, & id quoque profectitium conferri, quod à matre obvenit.*
8 *Applicatio superioris distinctionis ad collationem.*
9 *Bona castrensia collationis immunia.*
10 *Item quasi castrensia.*
11 *Quid juris de libris filio literis operam danti à patre suppeditatis.*
12 *Quid de datis filio jam gradum adepto.*

1 HÆc quarta principalis quæstio est, cæteris prolixior & subtilior. Ex iis, quæ supra disputavimus, intelligi potest, liberos emancipatos cum suis concurrentes omnia bona, quæ si in potestate mansissent, patri acquisituri fuerant, juxta edictum generale conferre debuisse. Itaque sola castrensia & quasi castrensia fratribus non conferebant. *l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. hoc tit.*

2 Post rescriptum Divi Pii sui heredes inter se aut cum emancipatis concurrentes dotem conferebant: sed dotem duntaxat; nam donatio propter nuptias adhuc erat incognita, & cætera bona vel profectitia vel adventitia in hereditate patris manebant, inter heredes dividenda.

3 Postea donatione ante seu propter nuptias introducta, placuit ut hanc etiam liberi conferrent, si modo profecta esset ab eo parente, de cujus hereditate dividenda ageretur: quod suasit ratio æqualitatis. *l. ut liberis.* 17. *C. h. t.*

4 Adhuc præter profectitia etiam pleraque adventitia parenti, cujus in potestate erant, liberi pleno jure acquirebant; sola materni generis excipiebantur. Itaque verisimile est emancipatos in hujus generis bonis tantum ab onere collationis exemptos fuisse: quoniam etsi in potestate mansissent, horum proprietatem non patri, sed sibi acquisivissent: ob hanc enim rationem duntaxat castrensia & quasi castrensia non conferebantur.

5 Postquam autem adventitiorum omnium proprietas liberis in potestate constitutis concessa fuit à Justiniano, rectè eidem Imperatori visum est, ne quicquam conferretur præter profectitia, id est, ea quæ ex bonis parentis, de cujus successione quæritur, profecta sunt. *l. ult. C. hoc tit.*

Sed antequam speciatim definiamus, quæ res conferendæ sint, aut non conferendæ, utile erit genera bonorum, quæ liberi habent, sive in potestate sint, sive non sint, accurate distinguere.

6 Quid-

6 Quidquid filiifam. habent, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliunde quæsitum, id uno nomine peculium appellatur. Hujus autem peculii quatuor sunt genera. 1. castrense, quod per occasionem armatæ militiæ filiofam. quæsitum est. 2. quasi castrense, quod in toga reipub. operam navans paravit. 3. profectitium, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. 4. adventitium, quod aliunde obvenit. *l. ult. C. de inoff. test.* §. 1. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Primum & secundum genus bonorum pleno jure est ipsorum filiorumfam. tertium pleno jure patris: quarti ususfructus ad patrem pertinet, ad filium proprietas. *d.* §. 1.

7 In eos autem, qui sunt sui juris, etsi hæc distinctio & nomen peculii non cadit. *d. l. ult. C. de inoff. test. l. p. sterfam.* 182. *de verb. sign.* attamen in argumento de collatione bonorum, cum quærimus, cujus conditionis bona conferri oporteat, etiam distinctione ista uti licebit, & abuti nomine peculii in emancipatis aut alias sui juris factis. *l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. hoc tit.* Sed & quicquid provenit ex bonis ejus parentis, de cujus successione agitur, etiamsi mater aut avia sit, pro profectitio, quoad effectum conferendi habendum est. *l. ut liberis.* 17. *C. eod.*

8 Jam vero juxta hanc distinctionem bonorum sic statuendum est; Cujus generis bona filius si sit in potestate patris, patris non acquirit, sed sibi præcipua habet, ejusdem generis bona emancipatus fratribus conferre non debet; sed uti fratres sua illa præcipua haberent, ita & emancipati ejusdem generis bona præcipua habere debent. Contra vero cujus generis bona filius, qui in potestate mansit, patri suo acquirit, ejusdem generis bona emancipatus fratribus confert. quoniam cum hujus generis bona in filiofam. collata veniant sua sponte in divisionem paternæ hereditatis, & ita communicentur cum emancipatis fratribus, iniquum est ejusdem generis bona emancipatos in divisionem hereditatis non conferre. *l. filia.* 12. *C. hoc tit.*

9 Igitur ut dicere cœperamus, non conferuntur bona castrensia. *l. ult. C. hoc tit.* & jam olim hæc fratribus suis non conferebant emancipati. *l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. eod. l.* 12. *C. eod.* nempe quia & si fratres, qui in potestate manserunt, ejusdem generis bona acquisivissent, ea in divisionem hereditatis paternæ non veniebant, sed præcipua sibi habebant, utpote patri nunquam quæsita, sed illis pleno jure tributa tanquam patribusfam. §. 1. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Proinde nec si quæ res mobiles à patre, aut à matre, aliisve propinquis aut amicis filio in militiam eunti donatæ sint, puta equi, arma &c. conferentur, quia castrensi peculio cedunt. *l.* 4. *C. fam. ercisc. l.* 1. *C. de castr. pecul. lib.* 12. Sed & ex alio quoque capite, quæ ita donata sunt à propinquis aut amicis, non conferuntur, quia non conferuntur adventitia.

10 Eadem ratio est & bonorum quasi castrensium. *d. l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. hoc tit.* Itaque si quid filii in alicujus dignitatis aut administrationis gradu positi, si causas in foro orantes, si liberales artes publice profitentes &c. acquisierint, id in collationem non venit.

11 Quæsitum est, an idem dicendum sit de libris à patre filio literis operam navanti emptis & traditis, ut & ipsi tanquam quasi castrense peculium

non

non conferantur. Hanc quæstionem prolixe tractat *Gilken. ad auth. ex testamento. n. 29. & multis seqq. C. hoc tit.* Sed nihil opus est tam operosa disputatione. Nam si illa librorum datio aut suppeditatio à patre revocari potest, antequam gradum acceperit filius, quod plerique concedunt cum *Bart. in l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit. Ias. in l. filia. 12. C. eod. Bald. in l. 5. C. ad sen. Maced.* & recte, *arg. l. sive emancipatus. 14. C. de donat. l. 10. l. à marito. 18. C. de don. int. vir. & ux.* libri ita à patre comparati & studiorum causa filio traditi, pro quasi castrensi peculio haberi non possunt. Imo nec studiosi quamdiu in cursu sunt, quasi castrense peculium habent: utique non recensentur in eorum numero, qui habent. *l. ult. C. de inoff. test.* nulliusque momenti est argumentum pro contraria sententia ductum à privilegiis, quæ studiosis concessa in *auth. habita. C. ne fil. pro patr.* Quæ enim hæc collectio est, Imperator quædam privilegia doctoribus & studiosis promiscue concessit, ergo conditionem eorum exæquavit? Ac proinde si pater prius mortuus fuerit quam filius cursu studiorum suorum absoluto titulum Doctoris, Licentiati, aut Magistri meruerit, dici non potest, libros illi subministratos quasi castrensi peculio accensendos & collationis immunes esse. quod & ipsum confirmant. *Bald. Castr. Fulgos. in l. si donatione. 13. C. hoc tit. Ant. de Amatis in l. 9. C. eod. n. 139.* & plures alii, quos memorat *Gilken. ubi sup. n. 42.* & male hanc distinctionem improbat *Gomes. ad l. 29. Taur. n. 16. & seq.*

Sed neque ex illo capite, quo donatio simplex non confertur, libros ita filio bonis artibus operam danti à patre datos à collatione eximere possumus: quoniam ut recte *Bald. in d. l. 5. C. ad sen. Mac.* pater filio scholari emens libros, eos donare minime credendus est. *& l. 1. C. de castr. pec.* accipienda de iis, quæ filio donata sunt, non quæ simpliciter data aut concessa. *add. Sichard. in l. filia. 18. C. fam. ercisc. n. 3. & 4. & in auth. ex testamento. C. hoc tit. n. 20.* Sunt tamen quibus in contrarium partem ire lubet propter *l. pen. ff. ad exhib.* ut pote ex quo textu satis clare, ut ajunt, appareat, librorum à parentibus studiorum causa acceptorum collationem non esse. Ego vero ingenue fateor me tam esse stupidum, ut non intelligam, qua ratione ex isto loco, quem tam clarum esse prædicant, id elici possit. Ait JC. ad exhibendum omnes agere posse, quorum interest. Quærit deinde, an & si mea intersit exhiberi mihi rationes alicujus, recte ad eas mihi exhibendas agam. & respondet, non oportere jus civile calumniari, nec verba captanda esse, sed qua mente quidque diceretur, animadvertendum. Nam eadem inquit, ratione etiam studiosus alicujus doctrinæ posset dicere, interesse sua illos aut illos libros sibi à quopiam exhiberi, quia si essent exhibiti, perlectis iis doctior & melior evaderet. Hæc igitur eorum collectio est: si nemo tenetur libros suos exhibere studioso alicujus disciplinæ eos sibi exhiberi desideranti, quamvis illius intersit, eos libros habere & legere, ergo filius urgeri non potest ad collationem librorum, quos ei pater studiorum causa suppeditavit; quia scilicet interest filii eos libros retinere. Bella collectio, & digna, quæ inseratur locis legalibus prædidis Everhardi. Plane si pater libros, quos filio comparaverat, cum

patiatur

patiatur retinere etiam postquam titulum Doctoris, &c. adeptus est, ex eo tempore peculio quasi castrensi adscribendi videntur, rataque esse atque irrevocabilis donatio. *arg. l. Sticho.53. ff. de pecul. l. donationes. 25. C. de don. int. vir. & ux.*

12 Sane enim si filio jam titulum Doctoris adepto, atque in foro versanti libros aliquos pater dedisset, eos peculii quasi castrensis jure censeri oportere crediderim. *Alber. de Rosat. in l.13. C. h. t. n.7. Bart. in l.1. §. nec castrense. n.2. ff. eod. late Salic. in l. filia.18. C. fam. erc. n.14. & 15. Sichard. in d. auth. ex testamento. n.20. Vasq. lib.2. de success. resol. §.19. n.30. & seq. Schneid. in §. quadam. Inst. de act. ubi de actione fam. erc. n.48. Peres. C. hoc tit. n.12. Gilken. ubi sup. n.35. & ibi citati.*

CAP. XI.

De collatione adventitiorum.

SUMMARIUM.

1 *Adventitia jure novissimo non conferuntur.*
2 *Nec emancipatis horum conferendorum onus incumbit.*
3 *An fructus adventitiorum ab emancipatis conferendi.*
4 *An si percepti à filiofam.*

1 Secundum distinctionem bonorum capite praecedenti positam, nec adventitia hodie in collationem veniunt. Nam postquam constitutionibus Imperatorum recentiorum & maxime Justiniani effectum est, ut nec peculium adventitium acquiratur patri, quod ad proprietatem attinet, recte visum est Justiniano & superioribus convenienter, ut bona quoque adventitia collationi eximerentur; propter eandem videlicet rationem, ob quam placuit, ne castrensia aut quasi castrensia conferrentur. *l. ult. C. hoc tit.*

2 Et igitur nec emancipati jam necesse habent conferre, quae ipsis aliunde quam à patre obvenerunt, ut recte statuunt *DD. comm. in & per d. l. ult. C. hoc tit.* Etenim correcta ratione legis, & ipsa lex correcta intelligitur. Cum ergo Justinianus in *d. l. ult.* ad exemplum castrensis peculii hoc se sancire testetur, ne ea, quae parentibus non acquiruntur, collationi post mortem parentum subjaceant, etiam hoc sancire simul intelligitur, ne emancipati ea, quae si in potestate mansissent, patri non acquisivissent, conferre necesse habeant: quippe cum ob hanc unam causam emancipati olim castrensia conferre non tenerentur; quoniam etsi in potestate mansissent, nihil tamen juris in his patri acquisitum fuisset. Dissentit tamen *Nemaus. s. 2. n.10. post. Odofr. in d. l. ult. & Iac. de Ravenn. relatum ab Alex. & Ias.* Sed horum argumenta nullo negotio convelli poterunt, dummodo nostra bene expendantur. Nam quod ajunt certo jure constitutum esse, ut emancipati una cum suis heredibus ad hereditatem paternam adspirantes omnia bona sua in medium conferant. *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 6. C. eod.* nullamque legem aut constitutionem proferri posse, quae haec illis necessitas remittatur, hoc ex eo refellitur, quod Justinianus in *d. l. ult.* quae edita est Lampadio & Oreste Coss. necessitatem collationis attemperavit rerum acquisitioni; & bona adventitia in causa collationis ejusdem juris esse voluit, cujus jam antea

tea erant castrensia; quæ constat nunquam in collationem venisse.

3 De fructibus tamen adventitiorum adhuc quæsitum est, an non hos saltem emancipati conferre teneantur, quoniam si in potestate mansissent, eorum commodum patri quæsitum fuisset. Quod omnino affirmandum videtur, sive novi juris rationem spectes, æqualitatem videlicet; sive veteris, quia quantum ad fructus, hodieque liberis in potestate retentis affertur incommodum, cum illi fructus acquirant patri. Idque pro certo post *Cyn. Bart. Castr. Fulgos. tradit Ias. in d. l. ult. col. 2.* Nec obstat, quod objicit *Nemaus. quæst.* 8. quod filius emancipatus statim pleno jure hosce fructus sibi acquirat: sufficit enim ad onus collationis, quod patri acquisiti fuissent, si mansisset in potestate. Cogitandum tamen, an non officio arbitri familiæ erciscundæ collatio ista moderanda sit propter alimenta, quæ filio in potestate pater præstitit; cum emancipatus se ipse exhibere debeat. per ea, quæ supra *c. 5. in fin.*

4 Ex contrario quoque fructus bonorum adventitiorum à filiofa. percepti conferendi sunt; quoniam adventitia, quatenus eorum possessio & usus conceditur filio, naturam quodammodo induunt profectitiorum, quorum proinde fructus præcipuos sibi retinere filius non potest. Imo vero adventitiorum fructus omnes jure profectitiorum censendi, quia ad patrem pertinent. Accedit & ratio æqualitatis, quoniam ut jam dictum est, emancipati eorundem bonorum fructus conferre tenentur. Plane si sine dolo malo consumpti fuerint, cessabit collatio. *per l. 1. §. confertur. 23. l. 2. §. 2. ff. hoc tit. Nemaus. quæst. 8. Rimin. ad l. 9. C. hoc tit. n. 358. Ias. in l. ult. C. eod. col. 2.* Quod si pater ipse usumfructum retinere noluerit, aut filio simpliciter donaverit, ut in specie *l. 6. §. 1. vers. fin. autem. C. de bon. quæ lib.* cessabit collatio. *Gomes. ad l. 29. Tauri. n. 28. & DD. ibid. recensitos.* hæc quæstio autem supervacua est, ubi plena adventitiorum proprietas ipsis filiisfam. acquiritur, ut passim in Belgio. & Gallia. *Gudelin. lib. 1. de jur. Nov. 14. Grot. 1. manud. 6. Chassanæus consuet. Burg. §. 5. tit. des enfans de plusieurs lictz,* atque ita judicatum refert Christin. vol. 1. *decis.* 178. *n.* 1. & 2.

CAP. XII.

De Collatione dotis & donationis propter nuptias.

SUMMARIUM.

1 *Dos donatio propter nuptias quando quibus conferatur: tum quibus collatio jure harum regionum prosit.*
2 *Quibus nepotes & neptes, cum patruis aut avunculis concurrentes, dotem aut donationem propter nuptias sibi datam conferant.*
3 *An & quam dotem & quibus filiafam. aut filiæ emancipatæ conferant.*
4 *Quid jure veteri isto casu obtinuerit. & n. 5. & 6.*
7 *Quid si dos non data, sed tantum promissa fuerit.*
8 *Filius non tenetur conferre dotẽ uxoris suæ.*
9 *Nec dotem, quam filia sua dedit, nisi ad eum reversa sit.*
10 *Quid si hereditas divisa non interveniente collatione.*
11 *Quid juris si constante matrimonio de dote conferenda agatur.*
12 *Sententia auth. quod locum. C. hoc tit.*
13 *An dispositio d. auth. hodie observetur.*

Igitur

IGitur cum neque bona castrensia aut quasi castrensia, neque adventitia subjecta sint collationi, uti jam demonstratum est, si qua sunt legi collationis obnoxia, ea erunt sola bona profectitia, quod & verum est. Profectitia autem in hoc argumento appellamus omnia, quæ profecta sunt ab eo parente, de cujus successione agitur; etiamsi à matre, avo materno, aut avia vel paterna vel materna. Neque tamen omnia hæc in collationem veniunt, quamvis testamento aut codicillis non sit remissa collatio; cæterum pleraque.

1 Primum conferenda est dos, quam filia, & donatio propter nuptias, quam filius à parente, de cujus hereditate agitur, accepit. *l. ut liberis. 17. C. hoc tit. Nov. 18. c. 9.* Ajo, *de cujus hereditate agitur*: nam si verbi causa agatur de successione avi aut aviæ, neptis non cogetur patruis aut avunculis suis conferre dotem, quam accepit à matre: quia non est profecta ex bonis ejus parentis, cui nunc succeditur, quod *d. l. 17.* requirit. *Bart. in l. illam. 19. C. hoc tit. n. 7. Cyn. ibid. n. 2.* & post hos *Castrens. n. 4. Fulgos. n. 3. Roman. n. 10. Corn. n. 24.* eademque est ratio donationis ante nupt. Hodie apud nos, ut hoc obiter hic notem, & plerisque aliis in locis collatio dotis à parentibus profectæ non tantum cæteris liberis dotatæ cohæredibus, prodest, verum etiam superstiti parenti: idemque obtinet & in donatione propter nuptias, aliisque rebus collationi obnoxiis. Hæc enim omnia, mortuo uno è parentibus, in communem bonorum massam, antequam ulla divisio fiat, inferenda sunt *art. 29. Polit. ordin. c. 2. stat. Zeland. art. 22. Grot. lib. 2. introd. c. 11.* quod jus consequens quoddam est bonorum communionis, quæ per matrimonium more harum regionum inter conjuges inducitur, adde *Groenew. de ll. abrog. ad l. 14. C. de jur. dot.*

Quod autem dotis aut donationis propter nuptias titulo mater ipsa aut pater accepit, à matre aut patre suo, id nepotes & neptes, avo, aut aviæ succedere cupientes, patruis suis & avunculis conferre, ut patrem & matrem suam repræsentantes debent. *l. illam. 19. C. hoc tit. & ibi comm. DD. Gomes. ad l. Tauri 29. n. 7.* Et quidem collatio hæc à nepotibus fieri debet, quamvis à successione parentis, qui dotem aut donationem propter nuptias accepit abstinuerint, dummodo adspirent ad successionem avi vel aviæ, unde dos aut donatio propter nuptias profecta. Ita consuluit *Molin. consil. 25.* respondit *Charond. 3. respons. 8.* & non semel judicavit Curia Parisiensis testibus *Chopin. lib. 3. de privil. rustic. c. 2. Papon. l. 21. tit. 7. arrest. ult. Charond. lib. 3. respons. 55.*

2 Quid si avus vel avia, de quorum successione quæstio est, dotem dederint vel donationem propter nuptias, non matri aut patri, sed ipsis neptibus aut nepotibus? Ponamus Titiam decessisse filio & filia, & ex alia filia præmortua nepote & nepte à se dotata, relictis. In hac specie nepte non avunculo & materteræ, sed nepoti eidemque fratri suo dotem conferre oportere, responderunt *Fulgos. Roman. Salic. Angel. in d. l. illam. C. hoc tit. Arg. l. 1. §. si sit nepos. 9. ff. de dot. collat.* Atqui isto in loco agitur de collatione dotis facienda à nepte filiafam. & de collatione bonorum omnium facienda à nepte emancipata, ex ratione juris veteris & rescripto Divi Pii, quod ad

ad neptes ratione lineæ maternæ non pertinet: nisi dicamus nunc etiam pertinere ex constitutione Leonis in *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* & Justiniani in *d. l. illam. C. eod.* Sed magis est, ut totum illud jus hisce constitutionibus mutatum videri debeat. Nam cum in facto proponatur dotem ab avia, cujus de hereditate agitur, profectam esse, atque in causa dotis & donationis propter nuptias, si illa profecta sit ab his personis, de quarum familia erciscunda agitur, sola humanitatis & æqualitatis contemplatione collatio injungitur *dd. ll.* mallem respondere, etiam patruis & avunculis in specie proposita conferendum esse, cum *Castr. Corn. Alex. Dec. in d. l. illam. Purpur. ibid. num. 39.* ubi hanc opinionem communem esse ait. Sane si neptis, quæ dotem accepit, sit sola, non etiam nepos ex eodem, tunc etiam patruo conferendum esse, *d. l. 1. §. 3. de dot. coll.* & novo jure etiam avunculis & materteris. *d. l. illam. C. hoc tit.* extra controversiam est. Idemque est in causa donationis propter nuptias facta nepoti. Nimirum cum dos & donatio propter nuptias non ex liberalitate simplici, sed magis ex officio parentum, quo facilius matrimonio liberi jungantur, proficiscatur, atque hæc affectio sit omnium parentum erga omnes liberos, ratio novi juris: seu æqualitatis contemplatio etiam hic suadet collationem: fuse & subtiliter de superiore quæstione in utramque partem disputat. *Ant. de Amatis ad l. 9. C. hoc tit. n. 153. & seqq.*

3 Quoniam autem hodie liberi sine distinctione dotem tantum profectitiam, id est, ut nunc interpretamur, eam, quæ profecta est ab eo parente, de cujus hereditate agitur, conferre constat, supervacua nunc est disputatio interpretum in *l. 4. C. hoc tit.* quærentium, an & quam dotem filiæfam. conferant suis, an & quam emancipatis, an & quam emancipatæ suis, & denique an & quam emancipatæ emancipatis. Dicam tamen obiter, quid meo utique judicio hic olim obtinuerit, quo antiqui juris ratio utcunque intelligatur.

4 Certum est filiam cum fratribus suis patri ab intestato succedentem, dotem, quam acceperat, vel promissam habebat conferre debuisse. *l. 1. & passim. ff. de dot. coll. l. 1. l. 4. C. hoc tit.* Non solum autem filia dotem conferre debebat, si emancipata erat, sed etiam si esset in sacris patris, id est, in potestate patris morientis. *l. filia. 12. C. hoc tit. d. l. 1. pr. ff. de dot. collat.*

5 Emancipatam constat etiam dotem fratribus, qui in potestate manserant, contulisse, quoniam hæc omnia bona iis conferre tenebatur. *l. 1. ff. hoc tit. l. si emancipati. 9. C. eod.* Emancipatis autem fratribus sicut cætera bona conferre non cogebatur, ita nec dotem, & generaliter inter emancipatos cessabat collatio. *d. l. 9. C. hoc tit.*

6 Filiafam. & ipsa dotem conferre tenebatur iis fratribus, qui in potestate patris & eadem familia manserant. *l. 3. in fin. l. 4. l. filia. 12. C. eod.* Quin & fratribus emancipatis. *d. l. 4.* Nec obstat, quod in *d. l. 3. & d. l. 12.* nominatim adjicitur eam conferre debere fratribus, *qui in potestate manserunt, in eadem familia constitutis.* Nam non ideo hoc adjicitur, quod emancipatis dos nullo modo conferatur; sed quia filiafam. fratribus in potestate manentibus omnem dotem etiam adventitiam conferre debuit,

emancipatis autem non omnem, sed solam profectitiam, *d. l.* 4. quo loco non de filia emancipata, sed de filiafam. agitur. quæ dotem vel a patre vel aliunde accepit. & illa verba *d. l.* 4. *profectitiam seu adventitiam dotem à patre datam vel constitutam*, quæ alias nullum idoneum sensum habent, sic accipienda sunt, ac si scriptum esset, *à patre datam, vel alias aut ab aliis constitutam.* ut utraque dos, cujus & mentio fit, his verbis comprehensa intelligatur. Ita ferme & *Don. ad l.* 2. *C. hoc tit. in opusc. postum.* nisi quod verba *d. l.* 4. modo relata, alio sensu donat. *Cujac.* 3. *obs.* 30.

7 Etiam illam dotem filia conferre debet, quæ illi data non est, sed tantum promissa. *l.* 1. §. 1. *de dot. collat.* Sed quoniam promissam dotem filia non habet neque per se, quia ei data non est, neque per maritum, quia marito numerata non fuit: idcirco non plus nomine dotis conferre debet, quam accepit. Nacta autem est actionem ejus dotis petendæ: atque hanc actionem fratribus suis ita conferet, ut eos pro parte ea obligatione liberet: ut si verbi gratia pater filiæ dotem promiserit, & decesserit relictis tribus liberis, duobus masculis & filia, hi succedentes ex æquis partibus, succedent quoque in hanc obligationem pro portionibus hereditariis *l.* 2. *C. de hered. act.* Proinde filia fratres suos pro tertia parte singulos ea obligatione liberabit. Idemque probandum est in donatione propter nuptias promissa tantum, non data.

8 Filius autem non tenetur conferre dotem uxoris suæ: nam etsi dos in bonis sit mariti, quamdiu constat matrimonium, mulieris tamen manere nihilominus intelligitur, ejusque proprium adhuc patrimonium esse, propterea quod soluto matrimonio ad eam reversura est. *l. quamvis.* 75. *ff. de jur. dot. l.* 3. §. *ergo.* 5. *ff. de minor.* Imo etsi maritus morte mulieris dotem lucratus sit, nihilominus eam præcipuam habere debet propter onera matrimonii, quæ sustinuit. *l.* 1. §. *emancipatus.* 20. *l.* 3. §. *quare.* 4. *ff. hoc tit.*

9 Sed nec filius emancipatus conferre debet dotem, quam filiæ suæ dedit, quoniam ex bonis ejus abiit. *l.* 4. *eod. l.* 1. §. *ult. ff. de dot. collat.* Atque hoc quidem ita obtinet manente matrimonio. *l. pater.* 71. *ff. de evict.* Quid vero si solutum fuerit matrimonium & dos ad patrem reversa? Assentior Accursio in *l. dotem.* 6. *ff. hoc tit.* pronuntianti patrem debere dotem ad se reversam fratribus suis conferre: quod & Cujacius probat in *l.* 4. *ff. eod. tract.* 4. *ad African.*

10 Hoc autem jure nunc posito, dotem & donationem propter nuptias à quibuscunque parentibus, de quorum successione disceptatur, profectam, conferendam esse, consequens omnino est, si filia, quæ dotem, aut filius, qui donationem propter nuptias accepit, cum fratribus suis hereditatem diviserint, & dolo consecuti sint, ne dotem aut donationem propter nuptias fratribus conferrent, cogendos esse postea, fratribus suis restituere id, quod amplius habent, quam habituri fuissent, si dotem aut donationem propter nuptias contulissent. *l. si soror.* 8. *C. hoc tit.* & quidem officio judicis, ut post *Glossam Cyn. Bart. Fulgos. Castr. & DD. comm. in d. l.* 8. aut ut ego arbitror, condictione indebiti. *arg. l. cum putarem.* 30. *in fin. ff. fam. ercisc.* Quod si is, qui collationem desiderat; sit in possessione rerum hereditarium,

tium, poterit, idem consequi opposita doli mali exceptione. *arg. l. pater. 8. ff. de dot. collat.*

11 Quid autem dicendum, si adhuc maritus filiæ vivat, & constet matrimonium, an etiam hoc casu dotem conferre debebit? Movet quæstionem, quod dos constante matrimonio est penes maritum, non penes filiam: videtur autem admodum iniquum cogi filiam, ut eam dotem conferat, quam ipsa non habet: aut si cogenda est conferre, videtur saltem hoc illi concedi debere, ut quam conferre debet, dotem à marito exigat. Et quidem filia constante matrimonio non potest dotem à marito petere, quæ jure communi demum soluto matrimonio exigi potest. *l. 2. ff. solut. matrim. l. 5. C. hoc tit.* Sed nec propter rem, quæ inter alios agitur, marito injuria fieri debet. Nihilominus tamen dotem non exactam a marito conferre debet, ut scilicet eo minus in partem delatæ sibi successionis paternæ auferat. *d. l. 5.* Neque hoc iniquum est a filia exigi, quasi ea dotem non habeat. Etsi enim constante matrimonio dos penes maritum est, & ita penes maritum, ut non possessor tantum, verum etiam dominus dotis jure civili habeatur: natura tamen & revera in bonis mulieris manet; quia ad emolumentum mulieris pertinet, quicquid inde maritus percipit: percipit enim propter onera matrimonii, quæ propter emolumentum & causam uxoris sustinentur. *l quamvis. 75. ff. de jur. dot.*

12 Sed convenientissimum temperamentum additum est in *auth. quod locum. C. hoc tit.* cujus hæc sententia est, ut filia constante matrimonio dotem etiam non exactam à marito conferre debeat, si aut maritus solvendo sit, aut si quidem non sit solvendo, sed culpa mulieris factum sit, quominus dotem ab eo in tempore exigeret, cum sciret eum labi facultatibus. Culpa autem in ea est, si potuit dotem exigere, & non exegit: potuit vero his rationibus, primum si fuit sui juris, deinde si fuit quidem in potestate patris, sed aut dos fuit adventitia, aut profectitia quidem, sed pater non obstitit, quominus exigeret; aut denique si dos magna fuit, cujus exigendæ etiam repugnante patre illi potestas sit *d. auth. quod locum.* ubi hoc etiam notant *DD. commu. Perez. ad C. hoc tit. n. 15.* optime *Harmenop. lib. 5. tit. περὶ συνεισφορᾶς. 8.*

13 Alciatus *lib. 4. parerg. c. 9.* tradit *d. auth. quod locum.* usu non observari, sed dotem conferendam esse, etiamsi culpa mariti perdita sit: quod etiam testatur *Molin. in addit. ad Dec. in l. 6. hoc tit.* Sed id forte moribus Galliæ: nam alibi passim servari juris communi dispositionem arguunt scripta interpretum in *d. auth.* & testatur *Christin. vol. 1. decis. 178. n. 14. & vol. 5. decis. 198. n. 21. & 12.* neque secundum eam judicavit Curia Neapolitana teste *Afflict. decis. 247.* ubi etiam *Cæs. Ursill in annot.* Moribus tamen nostræ quoque Bataviæ dispositio *d. auth.* non observatur: Sed filia integram dotem, quam à patre accepit, licet culpa mariti vel tota consumpta sit, conferre tenetur. Cujus moris hæc ratio est, quod patria potestas apud nos matrimonio solvitur, ut proinde filia ad dotem repetendam patris consensu non indigeat. Sed & Curia Mechliniensis censuit *d. auth.* de consuetudine non servari teste *Christin. ubi sup.* atque in Gallia quoque

ita judicatum memorat Lovet *lit. R. arr. 54. 55. Groenew. tract. de ll. abrog. ad d. auth. quod locum.*

Porro autem collatio dotis & donationis propter nuptias fit simpliciter sine usuris aut fructibus. Detrahuntur etiam impensæ necessariæ *l. 1. §. cum dos. de dot. collat.* sed de eo fusius infra *c. 26.*

CAP. XIII.

De collatione sumptuum præter dotem & donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

1 *Impensæ præter dotem &c. in elocanda filia factæ, si statim pereant, non conferuntur: secus, si durent & liberis salvæ maneant. & n. 4.*

2 *Eadem distinctio adhibenda in sumptibus à patre factis studiorum filii gratia.*

3 *Quando patre mortuo sumptus continuandis studiis necessarii ad commune onus pertineant.*

5 *Tollere collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas.*

6 *Fori nostri circa hæc praxis.*

7 *Quid si filius pecuniam sibi studiorum causa missam dissipaverit.*

8 *Considerationes auctoris circa eandem quæstionem.*

9 *In collationem non venit, quod pater pro redimendo ab hostibus filio solvit.*

10 *An & quod solvit pro filii delicto.*

11 *Quæ liberis data ad familiam sustentandam, negotiationem &c. exercendam, certo jure conferuntur.*

12 *An conferenda donatio uni ex liberis ob singulare meritum facta.*

13 *Datum matrimonii nobilioris personæ conciliandi gratia non recte eximitur collationi.*

14 *Sumptus pro filio facti dignitati alicujus adipiscendæ causa non conferuntur.*

15 *Nec facti in promotione filii ad gradum aliquem.*

16 *Militiæ verbo quid passim apud nostros significetur. & n. 19.*

17 *Sententia l. pen. pr. C. hoc tit. ubi de collatione emolumenti ex militia empta ab eo percepti.*

18 *Nullæ sunt militiæ ex casu contra Tarsellum.*

20 *Sufficit ad collationis necessitatem, quod acceptum est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti.*

QUæsitum est de reliquis sumptibus, quos præter dotem & donationem propter nuptias liberorum causa parentes facere solent, & primum quidem de impensis aliis præter dotem in elocanda filia fieri consuetis.

1 Distinguendum videtur, an hæ impensæ statim consumantur & liberis pereant, veluti quæ fiunt in festivitatem convivii nuptialis &c. an vero utilitas earum perduret, & liberis salvæ maneant; cujus generis sunt, annuli, gemmæ, monilia &c. ad ornatum filiabus data; ut quæ illius generis sunt, collationem effugiant; quæ hujus non item: quoniam dici non potest eas cadere in simplicem donationem, cum sint appendices dotis. *l. 8. C. de jur. dot.* & alias magna induceretur inæqualitas contra sententiam & humanitatem recentiorum constitutionum. Sumptus autem facti in convivium nuptiale licet & ipsi nuptiarum causa facti videantur; ad honorem tamen parentum, qui eos fecerunt, spectant; qui proinde eo animo tales sumptus, qui & statim pereunt, fecisse intelligi non debent, ut eorum collatione liberos onerarent. *facit arg. in l. id vestimentum. 25. ff. de pecul. Bart. in l. 1. § nec castrense. 15. ff. hoc tit. n. 9. Gomez. ad legem Tauri. 29. n. 15. Gail. 2. obs. 92. n. 5.*

n. 5. communem asserens. *Tulden. in Cod. hoc tit. n.* 10. *Perez. n.* 15. & eadem quoque in effectu est sententia *Gudelini lib.* 2. *c. ult. Sichardi ad l. filia.* 18. *n.* 13. *C. famil. ercisc. Ant. de Amatu ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 366. *Schneid. in §. quadam actiones. Inst. de act. n.* 47. *ubi de act. fam. erc.*

2 Similiter quæsitum est de sumptibus, quos pater suppeditavit filio studiorum gratia peregre agenti, an & illi conferri debeant. Et eadem hic videtur in re dubia adhibenda distinctio, quæ supra, ut scilicet, si quid pater erogarit in viatica, in victum & cultum filii, in mercedes & honoraria præceptorum, quorum opera filius usus est, id in collationem non veniat: quoniam hi sumptus pereunt, & jure quodam alimentorum censeri debent. *l. quæ pater.* 50. *fam. ercisc.* Atque idcirco etiam æs alienum hoc nomine à patre contractum, patre mortuo commune omnium heredum onus erit. *arg. l.* 5. *C. ad senat. Maced.*

3 Quinimo & si patre mortuo fratres in communione bonorum paternorum manserint, sumptus cœptis studiis continuandis necessarios societati imputandos, quasi universorum bonorum contracta tacite societate, quidam responderunt, *arg. l. si societatem.* 73. §. 1. *ff. pro soc.* quod quidem admiserim, si fratres consortes post mortem patris bonis indivisis, non paternis tantum, sed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis aliquamdiu vixerint, nec à se invicem rationes unquam exegerint. At si tantum paternæ hereditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minime contracta videbitur, nec tunc hujusmodi impensæ ad commune omnium onus pertinebunt, cum nec lucrum omne commune sit. *per l. cum. duobus.* 52. §. *Papinianus.* 6. *pro soc. l. ex. parte.* 39. §. 3. *fam. erc. l.* 4. *C. comm. utr. jud. l.* 3. §. *ult. ff. de mun. & hon. Schneid. ubi supra. n.* 56. *Ant. Fab. C. suo. pro soc. defin.* 3. *Tulden. comm. ad Inst. eod. c.* 1.

4 Contrarii autem generis sumptus, veluti libri, instrumenta mathematica, tabulæ & sphæræ geographicæ aut similia, quæ pater filio ad promovenda ejus studia comparavit, quoniam horum sumptuum utilitas perpetua est, legem collationis non effugient, ne alias nimis magna oriatur inæqualitas, quam leges aversantur: ac proinde in dubio pater videri non debet voluisse hæc filium habere præcipua *per Nov.* 18. *c.*

5 Quinetiam ad evitandam istiusmodi inæqualitatem, ubi alii quoque studiorum sumptus æquo ampliores sunt pro modo facultatum patris collationi locum esse ex præsumpta patris voluntate censet *Tulden. ad C. hoc tit. n.* 11.

6 Adeoque pro generali axiomate à DD. traditur, toties collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra collationem nimia oriretur inter liberos inæqualitas. *arg. l. pen. in fin. C. hoc tit. Alexand. in l. si donatione.* 13. *n.* 21. *C. eod. Dec. n.* 41. *post Bald. & alios. Horat. Luc. de privil. scholar. priv.* 27. *n.* 10. *ubi & plures laudat*: quando autem talis inæqualitas emersura sit, id judicis arbitrio committendum esse existimat cum *Curt. Iun. in l. filia.* 12 *circa fin. C. eod. per l. quæsitum.* 12. §. *idem respondit.* 43. *vers. sed & ipse Papinianus. ff. de instrum. leg. l. filia.* 43. *de legat.* 3. *l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.*

tit. Semper tamen necessaria alimenta, quibus filius indiguisset domi retentus, hoc est, omnia, quæ ad victum & cultum pro qualitate personæ parentis filius ab eo expectaret, eximenda collationi, quia hactenus nihil amplius impensum in eum, quam in alios *arg. l. alimenta* 11. *C. de neg. gest. Gomes. ad l. Tauri.* 12. *n.* 16. *vers. unum tamen est.* & *ibid. Eman. Soarez à Ribeira in annot. Perez, C. hoc tit. n.* 12. Hæc autem omnia ita, nisi de contraria voluntate patris appareat: & multum in hac etiam re apud practicos valet arbitrium judicis. *Wesemb. cons.* 80. *n.* 14. *p.* 2.

Ex usu autem fori nostri ut accepi, certa etiam horum sumptuum collato est, nisi pater testamento aut alia testatione voluntatis suæ aliter se velle declaraverit, propter *art.* 29. *Ord. Polit.* ibi, *ofte diergelijcke.* quanquam ex illis verbis hoc minime sequitur, & forte melius est, ut adhibeatur distinctio superior.

7 Quid si filius pecuniam studiorum causa ibi missam à patre in luxu aut alea dissipavit? Puto conferendam esse: quia non sunt impensæ studiorum, quæ ea non juverunt, sed impediverunt, & utique etiam patris voluntas, qui aliam ob causam misit, refragari videtur: cui etsi forte objici potuit, quod in mores filii minus diligenter, quam oportebat, inquisierit, hoc tamen neque filio prodesse debet, nec aliis nocere. *arg. l. auxilium.* 37. *in fin. de minor.* Accedit, quod ex pecunia ita profligata nec decus, nec præsidium ullum vel respub. vel coheredes expectant, atque ita deficiat causa favoris & privilegii. ita recte meo judicio *Greg. Tholos.* 46. *synt.* 8. *n.* 7. *Tulden. ubi supra. n.* 12. *post Nemaus. quæst.* 18. & *DD. ibid. citatos.*

9 Porro collationi non subjicitur lytron, quod pro redimendo ab hostibus filio pater solvit: nam justa tristissimi casus miseratio præsumptionem inducit, pietatis ratione & animo non repetendi, id esse præstitum. *arg. l. liber captivus.* 17. *C. de postlim. rev. facit arg. in l.* 1. *C. de neg. gest. Gomes. ad legem Tauri* 29. *n.* 19. *Tulden. ubi sup. n.* 12. *Perez, ad C. hoc tit. n.* 12.

10 Ne id quidem collationi subjici, quod pro filii delicto pater exsolvit, vult *Gomes. ad d. l. Tauri.* 29. *n.* 20. quasi & illud pietatis causa patrem fecisse interpretari debeamus, quod vix est, ut probare possim. Nam odium delicti nec præsumptionem pietatis admittit, ut magis ex necessitate, in qua nemo liberalis est, id a patre factum intelligi debeat, nec interpretationem honoris, quasi donare filio voluit. Idque eum præcipuum habere. *Perez,* & *Tulden. ubi supra. Gilken. in auth. quod locum. n.* 16. & *seqq. C. h. t. Vasq. de success. resol. lib.* 2. §. 19. *n.* 41. & *lib.* 3. *de success. creat.* §. 30. *n.* 220. & *seqq.* ubi etiam recte docet, quod pater solvit pro delicto filii, ut is pœnam corporalem aut exilii evaderet, id ei in legitimam imputari: & ad argumenta eorum, qui contrariam partem tuentur satis solide respondet.

11 Non est autem dubitandum, quin collationi obnoxia sint, & ea, quæ liberis data sunt ad sustentandam familiam, ad negotiationem, aut artificium opificiumve aliquod commodius exercendum: nam talis donatio simplex non est, sed quodammodo necessitate cogente fit, quam ob causam nec revocari potest dotique & donationi propter nuptias simillima est. De tali autem donatione accipienda sunt verba Leonis in fine *l. ut liberis.* 17. *C. h. tit.*

h. tit. congruit art. 29. Ordin. Polit. & quidem nulla est hac de re controversia.

12 De illo vero quæsitum est, an quod pater uni ex liberis ob bene merita remunerationis gratia dedit, non propter operas obsequiales, quæ remunerationem non merentur, sed puta propter singularis cujusdam pietatis officia, aut quia filius patrem eripuerit è manibus hostium &c. collationi subjici oporteat? Et magis est, ut subjici non debeat; quoniam hoc casu filius, non ut filius, meruisse donationem videtur, sed ut quilibet extraneus. Nemo autem dixerit extraneos collationis munere fungi oportere. *fac. l. 10. C. hoc tit.* ibi *extero jure*, id est, jure extraneorum. Præterea quod ita pater ob insignia in se merita filium remunerando donavit, non tam peculio profectitio adscribendum videtur, quam adventitio, tanquam partum præcipua quadam industria atque opera filii. *arg. l. cum oportet. 6. pr. C. de bon. quæ lib.* in verb. *quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus suis ad eum pervenerunt.* Et quid vero? si simplex donatio conferenda non est, quanto minus conferenda erit, cui etiam causam dedit eximium aliquod filii in patrem meritum? consulantur *Nemans. quæst. 1. n. 3. Gomes. ubi sup. n. 23. & ad l. Tauri. 29. n. 23. Chassan. ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr. 7. §. 5. n. 47. & seqq. Sichard. in auth. ex testamento. n. 35. C. hoc tit. Greg. Tholos. 46. syntagm. 6. n. 13. Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin. 4. Decher. 2. diss. 6. n. 4. Gi ken in l. si donatione. 15. C. hoc tit.* ubi etiam occurrit argumentis, quibus *Menoch. lib. 3. præsumpt. 29. n. 11.* in contrarium movetur; nec sunt ea tanti momenti, quin vel ab eo, qui mediocriter duntaxat in hac materia versatus sit, refelli queant.

13 Non recte autem collationi eximunt nonnulli, quod uni liberorum donatum est ad conciliandum alicujus personæ nobilioris matrimonium, sine quo alias id obtineri non potuisset. Nam cum id à conditione dotis aut donationis propter nuptias separari non debeat, utique etiam collationi subjiciendum est. *arg. l. ut liberis. 17. C. hoc tit. D. Tulden. ibid. n. 9. Val. cons. 44. & 70. lib. 4.* Recedit ab hac sententia *Fachinæus lib. 5. contr. 82. cum Cravett. cons. 85. Pet. Surd. cons. 143.* sed parum considerate meo quidem judicio. Nemo enim mortalium negare ausit, quin hujusmodi donatio quam simillima sit doti & donationi propter nuptias, & tantum non idem, quod illæ. Contendit Fachinæus ideo conferendam non esse, quia non descendit ex necessitate obligationis, sicut dos & donatio propter nuptias. Atqui multa liberis ob aliam causam donari solent citra donandi necessitatem, quæ nihilominus sunt conferenda: qualia sunt, quæ iis dantur, ut negotiationem, aut opificium aliquod commodius exercere queant: sufficit enim ad onus collationis, non simpliciter, sed ob causam donata esse. Quid quod nec dotis datio, nec donatio propter nuptias semper adjunctam habent dandi necessitatem: nam nec pater filiam locupletem aut emancipatam, *per l. 5. §. sed si fil. 7. ff. de agnosc. lib. l. 5. §. Papinianus 12. l. si res. 51. ff. de jur. dot.* nec mater aut avus maternus liberos dotare coguntur. *l. neque mater. 14. C. eod.* & tamen si pro his dotem dederint, nemo dubitat, quin dos hoc casu conferenda sit. Denique & hæc quoque donatio ex necessitate aliqua proficiscitur non quidem absoluta & præcisa, sed ea tamen, quam Dialectici appellant necessitatem consequentiæ. *Cicero lib. 2. de invent.* necessitatem cum adjectione.

14 Si quid à patre datum vel promissum sit filio honoris vel dignitatis alicujus adipiscendæ gratia, id æquum est filium habere præcipuum, nec in collationem venire, scilicet propter onera dignitati cohærentia, quæ ipse filius sustinere cogitur. *l. 1. §. sed an id. 16. ff. hoc tit.* & *ibi Gloss.* & *Bart. Cujac. 2. obs. 30. fac. l. filia. 20. §. idem scribit. 6. ff. fam. ercisc. l. ex parte. 39. §. 3. eod. L. Lucius. 21. §. 3 ad municip.* Græci, οὐ συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς οἱ ἀξιωματικοί. Quo argumento etiam recte defenditur nec sumptus, quos pater fecit in promotione filii ad gradum Doctoratus aut Licentiæ, conferendos esse quia & hæc dignitas adjunctum onus habet, nec quicquam inde commodi ad successores filio mortuo transmittitur: & præterea annulus, toga, & si quid simile filio datum, id instar est castrensis peculii: de quo uberius supra *c. 10.* Non est contrarium, sed longe diversum, quod Justinianus *l. pen. pr. C. hoc tit.* etiam ea conferri jubet & in quartam imputari, quæ occasione militiæ, ex pecunia defuncti patris comparatæ, lucratus est is, qui militiam meruit. Nam separanda hic est militia à dignitate.

16 Militia apud Justinianum & passim apud nostros significat functionem quandam ordinarios & certos reditus è publico habentem, ex qua lucrum quæsitum nec castrense, nec quasi castrensis peculii loco est: cujusmodi functio eorum fuit, qui à memoria, à libellis, ab epistolis erant, & reliquorum officialium sacrorum scriniorum. *l. si quis. 11. C. de proxim. sacr. scrin. lib. 12.* qui uno verbo appellantur statuti, quia eorum numerus certus statutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *l. unicuique. 7.* & *d. l. 11. C. de prox. sacr. scrin.* Atque hujusmodi officia etiam vendi pleraque poterant, mortuoque militante, ex communis scholæ placito, certam summam heredibus ejus aut uxori, pro solatio militiæ amissæ, præstabat is, qui surrogabatur. *l. ult. C. de pign. l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. test. d. l. 7.* & *d. l. 11. C. de prox. sacr. scrin.* quod commodum casus militiæ & simpliciter ex casu appellatur. *d. l. ult. C. de pign. Nov. 53. c. 5.*

17 Hoc igitur vult Justinianus *d. l. pen. C. h. t.* conferendum esse lucrum, quod ex hujusmodi militia vendibili & propter casum quodammodo transmissibili, uni heredum ex pecuniis defuncti acquisita, tempore mortis defuncti percipi potuit, deductis videlicet impensis, ut bene *Alex.* & *Ias. fac. d. l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. test.* adde Autumnum *confer. du droict. ad. l. 1. §. sed an id. 16. ff. de collat. Argentr. ad consuet. Brit. art. 526. n. 3. Loyseau du droict. des offic. lib. 1. c. 11. n. 36.* & *seqq.* & *lib. 3. c. 10. n. 54.*

18 Scripsit de militiis ex casu vir clarissimus, Lælius Taurellus, sed sententia ejus, quod credidit esse aliquas militias ex casu. *arg. d. l. ult. C. de pign.* merito displicet doctissimo Cujacio ad *d. Nov. 53.* Nulla enim est militia ex casu: neque de militia in *d. l. ult.* agitur, sed de iis, quæ dantur ex casu sive propter casum militiæ, id est, ex eo, quod militia caduca facta est morte militantis, seu, ut loquitur Anastasius in *d. l. 11. C. de proxim. sacr. scrin.* ex eo, quod militantis morte militia vacavit: qui casus recte dicitur, quemadmodum deficiente herede aut legatario, hereditates & legata caduca appellamus. Et res ipsa loquitur non possideri militiam ex casu, nisi

ideo,

ideo, quia ex casu obtineatur, nempe vel morte alterius, vel emptione. Hoc autem sensu omnes militiæ ex casu dici possunt, atque adeo omnia jura rerum nostrarum.

19 Quidam inter quos & *Gilken. in auth. ex testamento. C. hoc tit. n. 61.* putaverunt militiæ nomine significari commoda & salaria, quæ percipiuntur ex publico: sed falso: nam ipsa functio, propter quam commoda illa capiuntur, appellatur militia, ut patet ex *l. Lucius. 22. de legat. 2. l. his verbis ult. alias pen. §. 3. de legat. 3. l. creditor. §. 2. ff. de act. empt. l. omnimodo. 33. §. ult. C. de inoff. test. cum simil.* Sed hæc obiter & tanquam ἐν παρέργῳ.

20 Sufficit autem ad collationis necessitatem, rem, quæ data est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti. Itaque conferendum erit lucrum militiæ, à patre uni ex liberis emptæ, dummodo vendi possit, licet ad heredes non transiret. Et ex contrario conferenda est res à patre empta, modo ad heredem transeat, licet vendi nequeat, quale est feudum; cujus proinde æstimatio conferri debebit, *per text. in l. omnimodo 30. §. 2. C. de inoff. test. & ibi Mornac. Nemaus. quæst. 28. Gomes. ad l. 29. Tauri. n. 21. Castal. ad l. qua pater. 50. ff. fam. erc. post. Bart. ad l. 2. §. nec castrense. n. 6. ff. hoc tit. Menoch. cons. 919. Tulden. in C. hoc tit. n. 12.*

CAP. XIV.

De collatione lucri, quod filii industria partum, licet ex re patris; item eorum, quæ relicta per speciem ultimæ voluntatis.

SUMMARIUM.

1 *Lucri industria filii parti quamvis ex re patris, dimidium communicandum, reliquum assignandum filio.*
2 *Confirmatio hujus sententiæ adversus eos, qui totum conferri volunt.*
3 *Adversus eos, qui totum tribuunt filio.*
4 *Ea sola in collationem veniunt, quæ tempore mortis parentum jam quæsita sunt conferenti.*
5 *Legata, fideicommissa, & mortis causa donationes non subjici collationi.*
6 *Sententia l. pen. pr. C. hoc tit.*
7 *An legatum filio relictum cum pater morietur, contributioni obnoxium.*

DE iis, quæ filius labore suo atque industria lucratus est, non convenit inter juris interpretes, conferri hæc oporteat, nec ne. Negat simpliciter *Nemaus. quæst. 27. & ab eo laudati Imol. & Alex.* contra *Ant. Fab. dec. 41. err. cum Gloss. in l. cum oportet. 6. pr. C. de bon. quæ lib.* simpliciter affirmat.

1 Bartolus autem id *d. l. 6.* mediam sententiam sequitur, dimidium lucri filio assignans, tanquam adventitium quid, alterum dimidium communicandum relinquens heredibus: cui sententiæ etiam subscribit *Gilken. ad l. pen. n. 10. & seq. C. hoc tit. post. Angel. Roman. Castr. & alios, quos ibid. refert & probat;* placetque eadem sententia *Bachovio ad Treutl. disp. de collat. thes. 6. Fachin. 5. contr. 83. Vasq. lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 46. Grass. lib. 2. rec. sent. quæst. 8. Chassan. ad consuet. Burgund. tit. des success. rubr. 7. §. 5. n. 52.* & rationem habet. Etenim consideratio proportionis, quæ esse debet inter pecuniam & operam (utriusque enim ratio

 habenda

habenda est) postulat omnino, ut nec totum filio tribuatur, quod ex pecunia patris lucrum factum est, & pater ipse facere potuisset; nec totum patri, qui nullam operam contulit, *arg. l.6. pr. C. de bon. quæ lib.* ubi pro adventitio habetur, quod filius suis laboribus acquisivit, quod minus commode restrinxeris ad talem casum, quo nulla pecunia patris intervenit.

2 Quod vero ibidem ait Justinianus profectitium esse, quicquid ex re & substantia patris provenit, id intelligendum omnino est de rebus ipsis, quas pater dedit, vel quæ recta & quasi immediate ex iis proveniunt. Argumentatio autem Fabri a fructuario & proprietario, item à domino & bonæ fidei possessore servi ad patrem & filium non procedit: alioquin etiam quicquid filius ex laboribus suis, licet non interveniente pecunia patris, acquireret, id totum acquireret patri, contra *d. l. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* quod & *Bald.* jam olim in *ead. l.* animadvertit. Denique nec ponimus jus societatis inter patrem & filium, sed ἀναλογίαν τινα, propter operam & industriam filii: nec intelligimus operam qualem qualem, aut simplex filii factum, veluti si pecuniam patris fœnori locaverit, quod etiam ipse pater verosimiliter facturus fuisset; sed operam certam, & talem, quæ lucrum illud quasi ex se producat & pariat. Sunt qui totam hanc rem judicis arbitrio committendam existimant, ut *Bald. in d. l. cum oportet. Alex. in d. l. pen. n.10.* quæ sententia vi ipsa eadem est cum superiore. *add.* species, de quibus *Ioan. à Sande decis. Frisic.2. tit.7. defin.3.*

3 Porro prima sententia etiam minus coloris habet: & inepte quidam ita disserunt; Rationis est, ut ejus quoque sit lucrum, cujus est periculum: at si filius, cui pater negotiationis exercendæ gratia peculium dedit, rem patris decoxerit dolove malo perdiderit, ejus est periculum, & conferre tenetur. *L.1. §. pen. l.2. §.2. ff. hoc tit.* Nam aliud est decoquere, aliud periculum sustinere: & disputamus hic de filio negotiante, non de rem patris per luxum dissipante. Si negotium bona fide susceptum ex voto non successerit, aut si quid sine culpa filii perierit, id detrimentum ad filium pertinere nemo, opinor, dixerit.

4 Ea autem sola in collationem veniunt quæ tempore mortis ejus de cujus successione agitur, jam quæsita sunt conferenti: in post quæsitis ratio collationis tam novo, quam veteri jure cessat. *l.1. §. si ab ipso.19. d. l.2. §. 2. l. pen. cum Gloss. ff. hoc tit. l.6. l. si donatione.13. & l. nec emancipati.15. C. eod.* interpres Græcus, οἱ αὐτεξούσιοι παῖδες ἐκεῖνα συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς, ὅσα εἶχον ἐν καιρῷ τῆς τελευτῆς τοῦ ἰδίου πατρός. ὅσα δὲ μετὰ ταῦτα ἐκτήσαντο, οὐ συνεισφέρουσι. id est, *ea demum emancipati filii fratribus suis conferunt, quæ eo tempore habebant, quo pater fato concessit. Si quid vero postea quæsierint, id nequaquam conferunt.*

5 Et igitur collationi subjecta non erunt legata & fideicommissa à patre relicta, quoniam demum post ejus mortem acquiruntur. *l. à patre. 10. l. filia.12. l. filiam.16. C. hoc tit. Gloss. Cyn. Bart. Castr. in l. pen. C. eod.* & alii ibid. relati & probati à *Gilken. Perez. ad C. hoc tit. n.14.* Ac proinde ob eandem rationem nec donatio mortis causa conferri debebit. *Nemaus. quæst. c.6.* Cæterum negotium facessit. *l. pen. C. hoc tit.* ubi Justinianus genera-

generaliter definit, ea conferenda esse, quæ imputantur in legitimam. Atqui constat legata & fidei commissa, item mortis causa donationes in legitimam imputari. *l. si quando.* 35. §. 2. *C. de inoff. test. l. si non mortuus.* 25. *pr. ff. eod.* §. 3. & *ult. Inst. eod.*

6 Respondendum est, non eam fuisse mentem Justiniani, ut ea etiam, quæ post obitum parentis demum acquiruntur, qualia sunt legata, fideicommissa & mortis causa donationes, conferri voluerit contra formam constitutionum priorum, quamvis & ipsa subiiciantur imputationi; sed ea omnia, quorum commodum vivis parentibus ex substantia eorum ad liberos pervenit, ita ut condito testamento ad illud sustinendum imputarentur in legitimam: qualia sunt dos & donatio propter nuptias. *l. quoniam.* 29. *C. de inoff. test.* res inter vivos donatæ ea lege, ut in quartam imputentur. *d. l. si non mortuus.* 25. *pr. ff. eod. d. l. si quando.* 35. §. 2. *C. eod. l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* quæ dari solent liberis, ut se exhibeant & familiam sustentent, negotiationem exerceant, &c. per *l. ut liberis. in fin. C. hoc tit.* lucrum, quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis quæsitæ ad unum ex liberis pervenire potuit, quo tempore parens moritur. *l. pen. pr. hoc tit.* & si qua sunt similia, quorum commodum liberis vivo adhuc patre quæritur. Denique de legatis, quæ testamento relinquuntur, conferendis Justinianum non sensisse, vel ex eo intelligi potest, quia loquitur de successione ab intestato.

7 Cum igitur ea sola conferenda sint, quæ moriente patre conferens in bonis habuit, non quæ demum post mortem patris ei obvenerunt, quæsitum est, si quis emancipato filio extranei ita legaverit, *cum morietur pater,* quid de specie hujusmodi dicendum sit. Et siquidem hoc legatum sic interpretari oporteret, ac si post mortem patris relictum esset, haud dubie in collationem non veniret. *l. pen. ff. hoc tit. l.* 15. *C. eod.* sed quoniam placuit moriendi momentū vitæ attribui, propterea credo quod viventes morimur, & mors si non semel tota est, non est, §. *post mortem.* 35. *Inst. de legat.* ideo legatum in tempus mortis paternæ collatum, non post mortem patris demum, sed moriente patre manenteque adhuc vita filium habuisse interpretamur: ac proinde recte responsum ab Ulpiano est, legatum ad eum modum relictum conferri debere. *l.* 1. § *si emancipato.* 18. *ff. hoc tit.* Quid igitur est, quod idem jurisconsultus in *d. l.* 1. §. *si ab ipso.* 19. scribit, patre herede instituto & ab eo fideicommisso relicto filio emancipato, cum ipse pater morietur, id fidei commissum, quasi post mortem patris acceptum, à filio non conferri? Respondeo cum Cujacio id referendum esse ad jus antiquum fideicommissorum, quæ cum valerent ex mera nudaque voluntate defuncti, & utiliter post mortem quoque heredis relinquerentur. *Ulpian. fragm. de fideic.* §. 6. *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. in eis servatam non fuisse subtilem illam verborum differentiam; atque illa verba: *cum morietur heres,* sic accepta, ac si apertissime post mortem heredis fideicommissum relictum fuisset. *Cujac.* 3. *obs.* 34. *fac. l.* 11. §. *si filio.* 10. *de legat.* 3.

CAP. XV.

De collatione simplicis donationis.

SUMMARIUM.

1 *Donatio simplex regulariter non confertur.*
2 *Duobus duntaxat casibus donationem simplicem conferri, & quibus.*
3 *Non confertur facta filio in potestate constituto.*
4 *Donatio simplex facta filio in potestate & veteri jure & novo morte patris convalescit.*
5 *Novo jure sic convalescit, ut etiam retrotrahatur.*
6 *Objectiones quædam hominum maleferiatorum.*
7 *Harum objectionum solutio.*
8 *Explicatio l.13. C. hoc t. missa emendatione Fabri & Fachinæi. & n.9.*
10 *Verbo donationis in persona patris interdum significari dationem in peculium. atque hoc in dubio præsumi, nisi alio trahant conjecturæ.*
11 *Filium emancipatum non conferre donationem simplicem à patre acceptam fratri itidem emancipato.*
12 *Argumenta quibus stabilitur sententia eorum, qui donationem simplicem conferri volunt fratri in potestate retento.*
13 *Asseritur sententia contraria, conferendam sc. non esse.*
14 *Solutio superiorum argumentorum.*
15 *Concluditur generaliter, donationem simplicem à nemine liberorum nomine à liberis conferri duobus casibus exceptis.*
16 *Apud Zelandos, Burgundiones, & in plerisque Gallia etiam donationis simplicis à liberis fieri collationem.*

Nihil minus expeditum in hac disputatione est, quam quid dicendum sit de collatione donationis simplicis, an & ipsa & quando in collationem veniat.

1 Ego sic sentio, donationem simplicem in liberos à parentibus factam in divisione hereditatis paternæ regulariter non conferri, sed præcipuam sive propriam retineri ab eo, cui facta est; dummodo constet patrem, qui filio in potestate quid tradidit, id ei non in peculium concessisse, sed simpliciter donare voluisse.

2 Hujus autem rei luculentum argumentum est in *l. pen.* §.1. *C. hoc tit.* ubi Justinianus duos tantum casus excipit, quibus placet donationem etiam simplicem conferri. 1. si donator hanc legem tempore donationis suæ liberalitati dixerit. 2. si alter è liberis donationem propter nuptias vel dotem teneatur conferre; propterea quod tunc parens præsumitur compensationis cujusdam vice, ut par esset liberorum causa, in filium filiamve, qui donationem propter nuptias vel dotem non accepit, donationem simplicem contulisse. His itaque casibus, qui singulares sunt, exceptis, donatio simplex non conferetur. Et admittunt hoc plerique. si donatio facta sit à matre avove materno; sed dubitant, an idem sit dicendum, si ea facta sit à patre filio, sive in potestate constituto, sive emancipato: quoniam priore casu donatio non valet propter jus potestatis, posteriore autem casu conferenda videtur, per *l. ut liberis 17. in fin. C. hoc tit. l.1. ff. eod.* At illi animadvertere debuerant, textum *in d.l. pen.* §.1. indistincte loqui, & initio *d.*§.1. expressim mentionem fieri dotis vel donationis propter nuptias à patre, matre, vel aliis parentibus acceptæ.

3 Sed operæ est, rem totam paulo diligentius excutere. Constat ex *l.1.*

C. de inoff. donat. quæ Valeriani & Gallieni est, jure quoque veteri donatum à patre etiam liberis in potestate existentibus, præcipuum officio arbitri familiæ erciscundæ liberis adjudicatum fuisse, nec in communem venisse hereditatem: quod & ipsum quoque Impp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt *l. filia.* 18. *C. fam. ercisc.* & confirmat locus Pauli *lib.* 5. *sent.* 11. ubi scribit, si pater filiofam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perseveraverit, morte patris convalescere donationem. Hoc autem posito necessario sequitur, donationem simplicem nec filio in potestate constituto factam conferri oportere: quoniam quod præcipuum retinetur, id utique ad communionem non revocatur, id est, non confertur: cur enim ita cum posteriori ævo non loquamur, contempto censorio Antonii Fabri *dec.* 40. *err.* 1. *&* 2. supercilio?

4 Quod vero vivo patre inutilis sit donatio, ex eo non recte colligas, conferendam esse, sed potius contrarium, quia post mortem patris utilis esse incipit: nam & olim morte patris sic convalescebat, ut arbitrio judicis familiæ erciscundæ præcipua adjudicaretur iis, quibus facta erat, & hodie etiam sine tali adminiculo convalescit rataque habetur solo patris silentio. *l. donationes.* 25. *C. de donat. int. vir. & ux.* Absurdissimum autem est dicere, donationem post mortem patris convalescere ratamque haberi, & tamen conferendam esse: quod vi ipsa nihil aliud est, quam si dicas eodem tempore & ratam haberi & irritam.

5 Quamvis autem donatio simplex morte patris ita nunc confirmetur, ut retrotrahatur ad id tempus, quo facta est; tamen quia non confirmatur nisi morte, in eo naturam adhuc retinet ultimarum voluntatum, quarum hoc proprium est, ut non veniant in collationem: sed & ratio, quæ collationem impedit, adhuc durat, nimirum voluntas patris volentis id, quod donavit, filium habere jure præcipui. *Ant. Fab. dec.* 40. *err.* 3. *Perez. C. h. t. n.* 17.

6 Sed nonnulli sic instant. Quæ imputantur in quartam, eadem & conferuntur. *l. pen. pr. C. hoc tit.* Atqui donatio simplex à patre facta filiofam. imputatur &c. Rationem assumptionis hanc afferunt, quia hæc donatio in liberis habenda sit pro donatione mortis causa: quæ autem donatio pro mortis causa donatione est, ea in quartam imputatur, veluti donatio inter virum & uxorem. *arg. l. cum hic status.* 32. *§.* 1. *ff. de don. int. vir. & ux. junct. l. ubi ita.* 27. *ff. de mort. ca. donat.* Donationis autem factæ liberis in potestate, & illius inter virum & uxorem eadem plane videtur esse ratio, maxime post *d. l.* 25. *C. de don. int. vir. & ux.*

7 Respondeo, tot hic sunt peccata, quod propositiones & assumptiones. Nam primum illa principalis propositio, *Quæ imputantur in quartam &c.* non est universalis, ut ostendi *cap. præced.* exemplo legatorum & fideicommissorum, quæ in quartam imputantur, nec tamen conferuntur. Secundo falsa est illa assumptio, quod donatio simplex liberis imputetur in quartam. *l. si non mortis.* 25. *ff. de inoff. test. l. si quando.* 35. *§.* 1. *&* 2. *C. eod.* Tertio falsa est & ratio assumptionis, quod hæc donatio ratione imputationis pro donatione mortis causa sit habenda. Quin & posito eo, quod hac in re cum donatione mortis gratia comparanda sit, vel ex hoc solo

efficitur, non esse conferendam: quoniam mortis causa donatio, licet & ipsa in quartam imputetur in collationem tamen non venit, ut item ex iis, quæ *cap. præc.* liquet. Postremo & utrumque illud falsum est, quod hæc donatio plane similis sit donationi inter virum & uxorem; & quod donatio inter conjuges simpliciter comparanda sit cum donatione mortis causa. Sed piget hujusmodi ineptiarum.

8 Illud aliquid momenti in contrarium habet, quod scriptum est in *l. si donatione.* 13. *C. hoc tit.* filiumfam. contra jura postulare, ut fundum sibi à patre donatum præcipuum habeat. Ad hunc obicem removendum Fachinæus 5. *contro.* 80. utitur remedio violento, pro *sui filiafamilias constitutæ tibi*, ut habent omnes codices in *d. l.* 13. reponens, *filiæfam. non constituta.* Sed præterquam quod veteres nunquam hac circumlocutione utuntur, ut dicant, *filiusfam. non constitutus.* pro *emancipatus*, etiam illa phralis, *præcipuum habere*, quæ de liberis in potestate existentibus fere usurpari solet, istam emendationem respuit. Sed & ea admissa etiam hoc admittendum, donationem simplicem à liberis emancipatis conferri oportere, quod etiam Fachinæus tanquam verum & certum ponit; sed falsum esse paulo post demonstratum ibimus. Antonius Faber *d. dec.* 40. *err.* 1. ut hunc scopulum evitet: aliter textum *d l.* 13. corrigendum putat, & pro verbis, *à patre donatum*, vult substitui, *à matre*: aut illud, *à patre*, deleri jubet, tanquam mali interpretis notam.

9 Sed videamus an non commoda aliqua conciliatio afferri possit citra emendatrices manus. Quid enim si cum *Duar. ad C. hoc tit. c.* 2. *Perez. n.* 17. *Alber. de Rosat. in d. l.* 13. *n.* 1. & aliis quibusdam veterum, dicamus interesse, utrum pater eo animo quid filio donaverit, ut id totum filii proprium esset, atque in ea voluntate perseveraverit; an vero non ut ejus fiat proprium, sed ut sit apud filium, tanquam res peculiaris, & quasi peculii loco; ac priori casu quod donatum est, non conferri, secundum *l.* 18. *fam. erc. l.* 2. *C. de inoff. donat.* posteriori casu conferri, sive quod effectu idem est, in divisionem hereditatis venire; ac de tali casu *d. l.* 13. *C. hoc tit.* intelligendam esse? Equidem mihi hæc conciliatio minime inepta videtur; quamvis enim in *d. l.* 13. nulla fiat hujus distinctionis mentio; tamen non est novum, ut ex una lege alteram interpretemur, maxime cum utraque eundem auctorem habet, ut *d. l.* 18. & *d. l.* 13. quæ utraque eorundem est Impp. Diocletiani & Maximiani. Estque æquissima hujus distinctionis ratio, quoniam in donationibus hujusmodi spectanda maxime est voluntas patris, volueritne quod donatum est ad communionem revocari, an præcipuum haberi, id est, conferri, aut non conferri. Quod igitur in peculium filio datum est. id conferendum erit; quia non eo animo datum est, ut id filius præciperet: secus si donata filio proprietas, ob contrariam voluntatem.

10 Movere neminem debet, quod in *d. l.* 13. proponitur simpliciter, fundum à patre donatum esse, nulla mentione facta peculii: nam apud nostros non est inusitata etiam simplex verbi *donare* usurpatio, pro *in peculium dare*: ita enim donandi verbum usurpatur in *l. donationes.* 31. §. 2. *de donat.*

nat. l. per servum. 37. §. 1. *l. quod fructuario.* 49. *de acq. rer. dom.* Accedit, quod jus patris impediens, quo minus donatio ab initio consistat, præsumptionem inducit potius concessionem quandam in peculium factam esse, quam simplicem donationem; utique nisi ex conjecturis & circumstantiis appareat, voluisse patrem, quod dedit, filii proprium esse: veluti in specie *l. filiæ.* 18. *C. fam. erc.* ubi proponitur pater nomine filiæ rem comparasse, eique postea tradidisse, quod non fecisset, nisi eam rem penes filiam remanere voluisset. Neque enim hæc facta per omnia sunt paria, rem, quam jam habes, filio tradere aut dare; & rem aliquam, quam non habes, nomine filii prius emere, emptamque deinde donationis causa tradere, ubi duplex factum intervenit, ex quo enixior simpliciter donandi voluntas colligitur. Atque ut concedam *Cujacio* 3. *obs.* 30. *Fabro. d. dec.* 40. *err.* 1. nihil inter ista interesse in aliis personis; in patre tamen & filio distinctio hæc momentum habet, ubi alias datio in peculium præsumi posset. *fac. l.* 2. & 3. *C. si quis alt. vel sib.* fortassis in hujusmodi negotio & rei qualitas, seu valor & æstimatio consideranda, ut in modica præsumatur donatio, in magna potius in peculium concessio, veluti in specie *d. l.* 13. ubi de fundo agitur. quod consideravit *Salic. in d. l.* 18. *C. fam. erc. n.* 12. Atque hæc sententia, quod nec filii sui heredes donationem simplicem conferre teneantur, etiam interpretum nostrorum communis est. *Nemans. quæst.* 1. *Saport. n.* 93. & *seqq. Vasq.* 2. *de success. resol.* §. 19. *n.* 60. *Sichard. ad auth. ex testamento. n.* 5. & *seq. C. hoc tit. Gilken. ibid. n.* 8. & *seq.* & hoc vi ipsa etiam fatetur *Ant. Fab. dec.* 40. *error.* 1. & *pass.* dum quod ita simpliciter filiosa. à patre donatum est, ait in divisione hereditatis præcipuum filio adjudicari, licet neget conferri, propriam hujus verbi significationem præfracte urgens.

11 Non minor quæstio est, an conferenda sit donatio simplex facta filio emancipato: non tamen tam, an à fratre emancipato, cui facta est, conferenda sit fratri, itidem emancipato, quod fere omnes negant; & vix de eo justa est dubitandi causa, sive de jure veteri quæratur, quo inter emancipatos collatio non erat. *l.* 9. *C. hoc tit.* sive de novo, propter *l. pen.* §. 1. *C. eod.* sed an conferenda sit fratri in potestate patria retento, quod plerique affirmant. *Alber. de Rosat. in auth. ex testam. n.* 2. *C. h. t. Nemans. quæst.* 1. *n.* 4. *Saport.* 102. *Sichard. in auth. ex testamento. n.* 18. & *seq. Fachin.* 5. *contr.* 80. *Gilken. ad l. pen. C. hoc tit. n.* 28. pluresque alii ab his citati. *Ant. Fab. dec.* 40. *err.* 2.

12 Firmamenta hujus sententiæ præcipua, quæ afferunt, sunt hæc. 1. Quod olim emancipati fratribus suis in potestate retentis omnia conferebant. *l.* 1. *ff. hoc tit.* neque hoc mutatum legimus. 2. Argumentum ducunt ex *l. ut liberis.* 17. *in fin. C. eod.* ubi liberis emancipatis pro tenore præcedentium legum injungitur collatio eorum, quæ in ipsa emancipatione vel postea à parentibus suis consequuntur: quæ definitio cum generalis sit, utique etiam simplicem donationem complectatur. 3. Proferunt *Nov.* 18. *c.* 6. ubi Justinianus vult servari inter liberos æqualitatem urgentque simul illa Imperatoris verba, *res præter dotem forte, aut alio modo datas*, quasi his etiam significetur donatio simplex.

13 Cæterum contraria sententia dicentium ne ab emancipato quidem exigen-

exigendum, ut donationem simplicem conferat fratribus suis heredibus, quæ & Vasquio *ubi supra n.35.* & quibusdam aliis placet, probabilior mihi videtur. Etenim nihil est, quod magis repugnet voluntati simpliciter & absolute donantis, quam ut, quod ita donat, subjiciatur collationi: nisi forte ipse hanc legem liberalitati suæ dixerit. *l. pen. §.1. C. hoc tit. arg. l. si non mortis.25. ff. de inoff. test.* Atque hanc ob causam etiam jure veteri, quo emancipati suis omnia alia conferebant, non tamen conferebant simplicem donationem, quam à patre acceperant, propterea quod ut dixi, nihil tam alienum est à voluntate inducendæ collationis, quam absolute donare: ad impediendam autem collationem sufficiebat vel tacita patris voluntas. *l. filia.18. C. fam. erc. l. ex parte.39. §. 1. ff. eod.* Itaque nec illud hic dici poterat, emancipatos suis inferre injuriam. Hoc autem, quod dico, ita se habere paret ex *l.2. C. de inoff. donat.* Agitur illic de patre, qui omne suum patrimonium effusa liberalitate in unum ex filiis contulerat, & respondetur, siquidem is filius in potestate fuit, arbitri familiæ erciscundæ officio congruere, ut sorori ejus filiæ defuncti quartam partem debitæ ab intestato portionis præstet incolumem: si vero fuerit emancipatus, tunc filiæ succurrendum esse querela inofficiosæ donationis, per quam donatio tanquam inofficiosa, quatenus modum legitimum excedit revocetur. Ex quo manifestum est neutro horum casuum donationem simplicem subjici oneri collationis, quoniam utroque nihil ultra portionem legitimam ex bonis paternis filia consequitur, *l.5. l.7. l.8. C. tit.* cum alias si frater collatione fungeretur, integrum semissem totius hereditatis paternæ auferret. Ad hæc cum id, quod de donatione simplici non conferenda, nisi duobus casibus, constituit Justinianus in *l. pen.§.1. C. hoc tit.* ad donationem à quocunque parente sine distinctione potestatis aut sexus ad liberos quoscunque profectam pertineat, ut patet ex *pr. d. §.1.* quo colore excipiemus emancipatos in successione concurrentes cum iis, qui in potestate manserunt?

14 Ex his, quæ diximus, simul apparet, quid respondendum sit ad primum contrariæ sententiæ argumentum, nimirum absolute verum non esse, quod asserunt; sed semper exceptam fuisse simplicem donationem, idque ex tacita voluntate donantis. *per. l. ex parte.39. §.1. ff. fam. erc. junct. l. filiæ.18. C. eod. l.2. C. de inoff. don. l. pen. §.1. C. hoc tit.* Ad secundum respondeo, clausulam illam in fine *l. ut liberis.17. C. eod. emancipatis videlicet liberis pro tenore præcedentium legum ea quæ in ipsa emancipatione &c. acquisierint, collaturis*, ideo à Leone adjectam esse, ne quis putaret solam se dotem & donationem propter nuptias ab emancipatis conferri velle; alia autem aliam ob causam à parente, de cujus bonis dividendis agitur, accepta, quæ secundum tenorem præcedentium legum & ipsa ab emancipatis conferenda erant, ab onere collationis eximere. At vero quæ ita à patre accipiunt liberi emancipati, ea non accipiunt aut habent jure simplicis donationis, sed ut data ob causam, ut scilicet se exhibere, familiam, quam instituunt, sustentare, negotiationem aut artem, quam callent, commode exercere queant, convenit *art.29. ordin. polit. & consuet. Antvv. tit.47. art.54.* Emancipatorum autem ideo duntaxat mentio fit, quia in eos, qui in potestate

state manebant, hujusmodi donationes conferri non solent quippe cum horum exhibitio ad curam patris pertineat: quod etiam non obscure indicant hæc verba constitutionis, *ut adsolet fieri*. De simili quoque donatione accipienda est *l.* 1. *C. hoc tit.* ne alias quis ex sensu contrario argumentando putet donationem simplicem testamento non facto ab emancipatis conferendam fuisse; quanquam nec argumentum à contrario sensu petitum, præsertim ex rescriptis Imperatorum, semper procedit. Tertii argumenti, ex *Nov.* 18. *c.* 6. sumpti, si vis ulla esse debeat, in universum concludi oporteret, simplicem donationem à quibusvis liberis, & quibusvis liberis sine ulla distinctione conferendam esse, nisi expressim fuerit remissa collatio: nam illa constitutio ad omnes liberos ex æquo pertinet, ut in confesso est: nec illud minus in confesso est, non omnes liberos adstringi necessitate conferendi simplicem donationem. Vult quidem Justinianus æqualitatem inter omnes liberos servari; cæterum excipiendum est, nisi pater ipse unum ex liberis velit aliquid habere præcipuum & ut proprium, veluti si cui quid simpliciter donaverit. Illa autem, verba *d. Nov.* τὰ κατὰ προῖκα τυχὸν ἢ καθ᾽ ἕτερον τρόπον διδόμενα, *quæ dotis causa forte, aut alio modo dantur*, non includunt donationem simplicem, sed intelligenda sunt de donatione propter nuptias, aut ob aliam similem causam facta, tanquam ex aliqua necessitate, ut in specie *l. ut liberis.* 17. *in fin. C. hoc tit.* Denique etsi concederemus emancipatos jure antiquo etiam simplicem donationem contulisse; ex novi tamen juris ratione, quod solam spectat æqualitatis inter liberos conservationem, aliud dicendum foret: quippe cum non minus emancipati sint liberi, quam in potestate retenti, cum quibus nunc etiam jure civili succedunt: ac proinde si hic emancipatos munus collationis sustinere volumus, æqualitatis ratio suadet, ut nec sui præcipiant, quod ipsis à patre donatum est: aut si hoc iis concedimus, nec emancipati tali collatione onerandi erunt.

15 Ut igitur tandem concludamus, sic generaliter definimus simplicem atque absolutam donationem, à quocunque parente facta sit cuicunque è liberis, à nemine liberorum nemini è liberis conferri, extra duos illos casus, quos supra memoravimus, scilicet si aut hæc lex donationi dicta sit, ut conferretur, aut necessitas æqualitatis inducendæ locum faciat collationi juxta *l. pen.* §. 1. *C. eod.* Atque hæc etiam *Nicolas de Materell.* multorumque aliorum veterum sententia fuit, testibus *Baldo in auth. ex testamento. C. hoc tit. n.* 2. *& Nemans. quæst.* 1. *n.* 5. eamque probant *Vasquius lib.* 2. *de success. resol.* §. 19. *n.* 35. *Socin. jun. lib.* 1. *cons.* 54. *n.* 5. *Philip. Dec. ad d. l. pen. & Iac. Menoch. in addition. ibid. pulcre Ant. de Amat. ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 156. *& seqq. add. Gudel. l.* 2. *de jur. noviss. c.* 19. *vers. dictum est. Ant. Fabr. C. suo for. ad h. t. defin.* 4.

16 Secundum jus municipale Zelandiæ liberi indistincte etiam simplicem donationem à parentibus acceptam conferre tenentur. *stat. Zeland. art.* 22. *præf. Everh. cons.* 183. *n.* 10. & idem etiam obtinet apud Burgundiones, nisi donatarius omittere velit hereditatem contentus donato. *Chassan. ad consuet. Burgund. tit. des success. rubr.* 7. §. 5. *n.* 41. *& seqq.* & juri consenta-

sentaneum esse, postquam sublata sit suitatis & emancipationis differentia, putat *Molin. ad Dec. in auth. ex testamento. C. hoc tit.* & *cons.59. n.4.* & ita usu in Gallia servari scribit: eamque sententiam aliquando secuta est Curia Mechliniensis, teste *Christin. vol.1. decis.178. n.11.* adde Groenevv. *de ll. abrog. ad l. si donatione.13. C. hoc tit.*

CAP. XVI.

De modo conferendi, & pœna non conferentis.

SUMMARIUM.

1 *Quomodo re fiat collatio.*
2 *Utrum rem ipsam, quæ data est, conferri necesse sit, an satis sit conferri æstimationē.*
3 *Res ipsa in specie regulariter conferenda.*
4 *Quid juris, si res alienata sit.*
5 *Quid si necessitas rei ipsius conferendæ nonnihil injuriæ secum trahat.*
6 *Quomodo cautione fiat collatio.*
7 *Quid si quis ob inopiam cavere nequeat.*
8 *Quando opus aut non opus cautione.*
9 *Notatur circa modum conferendi distrimen aliquod inter jus vetus & novum.*
10 *Collatio fit deductis impensis necessariis, & sine usuris ac fructibus.*
11 *Improbatur ratio quædam ad hoc allata à Christinæo.*
12 *Collatio fit pro portionibus hereditatis.*
13 *Insignis circa hanc rem distinctio, præcipue ex ratione juris veteris.*
14 *Qui non adstrat ad successionem, ad collationem urgeri non potest, cum notabili limitatione.*
15 *Non conferentis quæ sit pœna.*
16 *Si per errorem divisio facta sit omissa cautione, utque tamen peti posse, ut collatio fiat: & quo remedio.*

VIdeamus nunc, quod quinto loco quærendum erat, qua forma seu modo collatio fiat, tum quæ sit pœna non conferentis. Collatio duobus modis fieri potest & solet, re ipsa, & cautione; sic enim nostri loquuntur *l.1. §. jubet.9. §. quamvis.11. ff. hoc tit.* quamvis proprie qui cavet sive fidejussoribus sive pignoribus, non confert, sed de conferendo securos facit coheredes.

1 Re fit collatio, cum fratres vel sorores bona conferenda cum fratribus & sororibus actualiter dividunt. *d.l.1. § quamvis.* vel cum minus accipiunt remittendo tantum ex bonis paternis, quantum fratres ex collatione laturi essent. *d.l.1.§. sed & si.12.* Idemque est, si nomen paterni debitoris delegaverint vel fundum, aut rem aliam dederint pro portione bonorum, quæ conferri debuit. *d.l.1.§.12.* eumve, cui conferri oportet, liberaverint. *d.l.1.§. pen. ff. l.2. C. hoc tit.*

2 De illo quæritur, utrum omnino rem ipsam, de qua conferenda agitur, in specie conferri oporteat, an oblatione æstimationis conferens defungatur. Et possit videri & edicto prætoris & constitutionibus, quæ æqualitatem tantum desiderant, abunde satisfieri, si conferatur rei æstimatio, quæ est tempore collationis. Neque huic sententiæ obstant *d.l. pr. ff. hoc tit. l. posthumo.11. C. eod.* utique contrarium ex his elici posse non videtur: cum & ille bona sua vi ipsa conferat, qui confert æstimationem. Et hoc D. Tuldeno ad *C. hoc tit. n.1.* placere video per *l.1.§. sed si.12. ff. hoc tit.* cujus textus argumento etiam *Sichard. in rubr. C. eod. n.18. post Cornerum vol.9. C. eod.* notat, in materia collationis hoc esse singulare, ut & species inter se, & cum pecunia compensentur, cum alias tantum quantitatis cum quantitate

titate pensatio fit, *per DD. in §. in bonæ. 30. Inst. de action. & in l. ult. C. de compens.* Attamen ego in contrariam sententiam proclivior sum. Cum enim ex adverso ipsa corpora & species, quæ in bonis parentum manserunt, divisioni subjiciantur; idem etiam in iis, quæ conferenda sunt, rationis esse videtur, ut sc: species ipsæ, quæ datæ sunt in medium conferantur, nec ad liberationem sufficiat præstare æstimationem; utique si altera pars dissentiat: nam inter consentientes quin æstimatio collata ad liberationem prosit, dubium non est; quoniam & alias non obtinente creditore aliud pro alio solvere licet *l. manifesti. 17. C. de solut.* ac de tali casu textum in *d. l. 1. sed & si. hoc tit.* accipiendum esse, patet ex eo, quod jurisconsultus illic etiam de nomine debitoris delegando, de fundo reve alia pro portione bonorum danda, tractat, quod, ut notum est, non nisi inter consentientes fieri potest. *Perez. in C. hoc tit. n. 19. Costal. ad l. si filia. 20. ff. fam. ercisc.* qui & ita judicatum memorat à Curia Parisiensi. *ut & Papon. lib. 21 tit. 7. arrest. 1. add. Christin. vol. 4. decis. 2. n. 5. Anton. de Amat. ubi sup. n. 131. & seqq.*

4 Plane si heres rem collationi subjectam bona fide alienavit, nec in specie conferre potest, satis est æstimationem conferri, facta reputatione temporis, quo collatio petitur. *Costal. d. loc.* vide & *Christin. ubi supra.* ubi in hoc quoque casu Senatum Parisiensem idem censuisse refert. Putarem tamen si res vendita proponatur post mortem patris, conferendam esse eam summam quæ pro re accepta est, propter jus, quod jam coheredibus acquisitum erat.

5 Sed & si quo casu ipsius rei collatio nonnihil injuriæ conferenti allatura videatur, crediderim eum æstimationis collatione recte defungi. Neque enim verbi causa, eo casu, quo libri conferendi sunt, existimo scholarem cogendum eos ipsos actualiter conferre, cum iniquum atque absurdum sit studioso auferre libros, in quibus jam propter diuturnum usum memoriam localem habet. *Salicet in l. filia. 18. n. 15. Bald. in l. 5. C. ad sen. Mac. Horat. Tuc. tract. de priv. scholar. priv. 30.* & ita censuisse supremam Curiam Mechliniensem testatur *Christin. ubi supra.* Idem dixerim, ubi nihil interest coheredum, æstimatio, an res ipsa conferatur, cum *Molin. eo ad Dec. in l. 13. C. hoc tit. add. Ant. de Amat. ubi sup. n. 139.*

6 Cautione fit collatio, cum de conferendo vel fidejussores dantur, vel pignora: non enim satisdato tantum, verum etiam pignoribus posse caveri de collatione placuit. *l. 1. §. jubet. 9. ff. hoc tit.* quamvis regulariter prætoriæ stipulationes satisdationem desiderent *l. 7. ff. de stip. præt.* Si unus ex heredibus ante factam collationem decesserit, heredi ejus conferri, vel de collatione caveri oportet aut è converso heredem ejus conferre aut cavere, & hoc est, quod DD. ajunt, jus conferendi & active & passive transire ad heredes. *Gomes. ad l. 29. Tauri n. 37. l. 2. pr. ff. hoc tit. & ibi Bart. l. si maritus. 14. C. eod. l. 1. §. ibidem. 8. ff. eod.*

7 Quod si forte quis ob inopiam rei familiaris cavere nequeat, curator ejus portionis constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum est, cum bona propria contulerit. *d. l. 1. §. si frater. 10. l. 2. §. ult. eod.*

8 Non est autem opus cautione, si inter liberos conveniat, quid sit conferendum; sed si inter eos sit controversia, num aliquid conferendum sit; tunc enim suspenditur collatio ejus, data cautione de conferendo, si necesse erit. *Nemauf. c.2. n.24. Pet. Tholos.46. syntagm.8. n.27.*

9 Olim cum sua omnia emancipati conferebant, boni viri arbitratu ita fiebat collatio ut de bonis conferentis prius deduceretur æs alienum. *l.2. §.1. ff. hoc tit.* Et ea solum conferebantur, quæ actu adhuc penes emancipatum collationi obnoxium erant, non quæ alienaverat; utique si citra fraudem & dolum alias secus. *l.1. §. confertur.23. d.l.2. §.2. eod.* quod si id egisset, ne acquireret, collatio cessabat. *d.l.1. §.23. arg. l.6. pr. & §.1. cum 3. seqq. ff. quæ in fraud. cred. l. non fraudantur.134. de reg. jur. Azo in summ. C. h. t. n.11.* Sed postquam certarum duntaxat rerum collatio esse cœpit, & tandem solorum profectitiorum ob causam, si res ipsæ conferri nequeant, eo quod forte alienatæ sunt, æstimatio earum conferenda erit; neque propter æs alienum cessabit collatio, sed non valentis conferre portio hereditaria pro rata ejus, quod conferre debuit, minuetur. *per l.5. C. hoc tit.* de quo etiam dictum jam ante est.

10 Cum autem fit collatio, impensæ necessariæ, quæ in rem conferendam factæ sunt, deduci solent. *l.1. §. cum dos 5. de dot. collat. ubi Gloss. & Bart.* fitque collatio simpliciter sine usuris & fructibus. Ut ecce, qui dotem aut donationem propter nuptias à parente accepit, is parenti successurus, debet quidem hæc cæteris ejusdem parentis liberis, cum quibus succedit, conferre: at non item fructus aut usuras dotis aut donationis propter nuptias. Nam illud solum conferendum esse, quod quis titulo dotis aut donationis propter nuptias accepit, ac sufficere, si res ipsa vel summa principalis hoc nomine data conferatur, multi loci evincunt. *l.3. l.4. l.8. l. ut liberis.17. l. illam.19. C. hoc tit. & pass. ff. de dot. collat. Christin. vol. 1. decis.179.* ubi & supremam Curiam Mechlin. ita judicasse testatur, congruit *art.19. Polit. Ordinat.* Et ratio hæc est, quia fructus dotis percepti non sunt dotis, sed cedunt marito propter onera matrimonio cohærentia. *l.7. de jur. dot. l. pro oneribus.20. C. eod.* quod etiam ad donationem propter nuptias ob eandem causam pertinet, *fac. l.1. §. sed an.16. ff. hoc tit.*

11 Affert & hanc rationem *Christin. d. loc.* quod non alia conferantur, quam quæ reperiuntur in bonis conferentis tempore mortis patris vel matris. per *l.6. l. filia.12. C. eod.* fructus autem consumpti non sint in bonis. sed si hoc argumentum procederet etiam consumta tota dote liberaretur filia à collatione, quod falsum esse patet ex *auth. quod locum. C. eod.* & dictæ *l.6.* similiumque locorum non alia sententia est, quam quod non conferantur ea, quæ liberi demum post mortem patris acquirunt. De casu collationis rei dotalis faciendæ constante adhuc matrimonio dixi supra *cap.12.*

12 Porro collatio fit pro portionibus hereditariis, quas quisque in hereditate habet, ita ut persona quoque conferentis numeretur, & partem faciat. *l.2. §. ult. l.3. §.2. ff. hoc tit. Nemauf. c.2. n.24. Duar. c.3. hoc tit.*

13 Ex ratione autem maxime juris veteris distinguendum hic est, utrum filius emancipatus, qui ad collationem vocatur, petita bonorum possessione

sione contra tabulas, an ex capite edicti *unde liberi*, ad successionem admittatur. Fieri enim potest, ut qui testamento facto bonorum possessionem contra tabulas accepit, interdum minus, quam si ab intestato accepisset, conferat, interdum etiam, ut nihil. Ut ecce, si pater una cum filio in potestate extraneum heredem instituerit, hic nisi emancipatus præteritus bonorum possessionem contra tabulas petat, filius heres scriptus non aliam partem ex testamento patris, quam ex qua heres scriptus est, consequi poterit, nihilque ei conferet extraneus coheres. Emancipatus vero si accepta contra tabulas bonorum possessione extraneum removerit, quasi in locum ejus succedens, pro ea tantum parte, quam fratri aufert, conferre tenebitur; quoniam & pro ea duntaxat parte fratri incommodat. Finge igitur extraneum ex semisse verbi causa institutum esse, hic emancipatus nihil conferet: multoque minus, si extraneus scriptus sit ex parte majore; quia tunc etiam beneficium ab emancipato accipit frater in potestate retentus. At si, verbi gratia extraneus ex quadrante, filius ex dodrante heres scriptus est, hoc casu, quia quadrantem emancipatus fratri detrahit, quadrantem quoque bonorum suorum conferet, sed non amplius *l.1.§.3. & 4.ff. hoc tit.* ubi mire se torquent. *Gloss. & Bart.* Quod si patre intestato mortuo ex parte edicti *unde libri* bonorum possessio obtineatur, hoc casu collatio æqualis erit, ut quantum partem emancipatus fratribus suis heredibus detrahit, tantam & illis conferre teneatur. Finge emancipatum habentem patrimonium trecentorum concurrere cum duobus fratribus in potestate retentis, hic emancipatus singulis fratribus centum, & sibi centum conferet; ut que ipsa hoc perinde est, ac si solida trecenta cum hereditate patris confudisset, unde scilicet divisione facta centum ad ipsum reditura fuissent. Quod si quid interdum plus conferat, quam accipit, de se eum queri oportet, cui liberum fuit bonorum possessionem omittere. *l.2. §. si tres. ff. hoc tit.*

14 Qui autem non affectat successionem, ad collationem urgeri non potest. *l. ult. ff. de collat. dot. l. ex causa 23. C. fam. ercisc.* ubi hoc notant *Bart. Bald. & Salic. Dua. c.1. & 3. de collat. Christin. in leg. Mechlin. tit.15. art.3. n.6. Præs. Everh. cons.8. n.2.* ubi tamen *n.4.* notabilem addit limitationem, videlicet quod id tunc demum procedat, quando omnes alii liberi salvam habent suam legitimam portionem. Quod si futurum sit, ut isti alii liberi, communeratis bonis, quæ omissa alias hereditate, conferri non deberent, minus illa sua legitima parte consecuturi sint, tum eos jure desiderare posse, ut suppletio ex istis bonis ad modum legitimæ fiat, per *text. in auth. unde si parens. C. de inoff. testam. facit tot tit. C. de inoff. donat.* & ita judicatum à suprema Curia Mechliniensi refert *Christ. vol.4. decis.2. n.4. sub fin. add. Gomes. in l.29. Tauri. n.34.*

15 Pœna non conferentis, aut per contumaciam cavere nolentis, cum possit, hæc est, ut ei denegentur actiones hereditariæ quæ alias pro consequenda portione sua hereditaria ei competerent, donec consilium mutet. *l. 1. §. si frater. 10. §. si cum duobus. 13. ff. hoc tit. l. 11. l. 14. C. eod.* Quod si is, qui collationem detrectat sit in possessione rerum hereditariarum, poterit ad collationem compelli officio judicis, per *l. 8. C. eod. ubi Gloss. Cyn. Petr.*

 & Iac.

& Iac. de Ravenn. Alberic. Bart. & DD. comm. Si quis autem caverit, sed cautioni non steterit, committitur stipulatio, cum post interpellationem de conferendo factam tantum tempus lapsum est, intra quod collatio commode fieri potuisset; & quanti ea res est, in tantam pecuniam condemnatur. *l. 5. in fin. ff. hoc tit. Nemans. c. 2. n. 24. Perez. C. eod. n. 19. Wesemb. parat. eod. n. 6.*

16 Quid si per errorem jam facta sit divisio omissa collatione aut cautione, idque auctoritate judicis interveniente? Nihilominus adhuc peti poterit, ut collatio fiat. *l. 8. C. hoc tit.* quemadmodum & in calculo si error aliquis intervenerit, emendationi locus est. *l. un. C. de err. calcul.* Neque hoc tendit ad impugnandam sententiam, sed ad minuendam & moderandam executionem & vires judicati. *Gilken. in d. l. 8. C. hoc tit. cum ibidem allegat.* ubi tamen *n. 5.* hoc ita procedere ex *Gloss. Alberic. Corn. Alex. & aliis* notat, nisi auditis partium, collationem petentium & renuentium allegationibus post causæ cognitionem sententia judicis intervenerit. *fac. l. 7. §. 1. ff. de compens.* Sed tunc dici non potest collatio omissa per errorem; & hoc ipsum ita quoque temperandum est, si non appellatione intra tempora præfinita interposita collatio petita fuerit. Cæterum quæstionis est, qua actione aut remedio post factam divisionem obtineri queat, ut collatio adhuc fiat. *Glossa, Cyn. Alber. Bart. & DD. comm. in l. 8. C. hoc tit.* officium judicis hic requirunt. Et sane ad id confugiendum erit, si adhibito judice divisio facta proponatur. Quod si omissa per errorem collatione sine judice facta sit divisio, tunc putarem collationem postulantibus competere condictionem indebiti: nam quantum, qui non contulit, conferre debuit, tanto minus fratres de rebus paternis illi debuerunt: quo fit, ut si amplius illi datum fuerit, indebitum solvisse fratres intelligantur. *fac. l. si quis. 10. §. 1. ff. de compens. l. 5. §. pen. ff. de impens. in rem dot. fact. l. cum putarem. 36. circa fin. ff. fam. ercisc.*

CAP. XVII.

De fine & effectu collatione.

SUMMARIUM.

1 *Collatio initio introducta est minuendæ injuriæ gratia, quæ filiis in potestate retentis à prætore fiebat, admissis simul ad successionem emancipatis.*
2 *Postea solam æqualitatis inter liberos conservationem hic spectare cœpisse.*
3 *Æqualitatem hanc non arithmeticam esse, sed geometricam.*
4 *Bona collata & ipsa fieri hereditaria, aut pro talibus haberi.*
5 *Post collationem demum actiones hereditarias cum effectu exerceri posse.*
6 *Pactum, quo necessitas collationis remittitur, quando validum.*

UNum ad hoc superest, ut quæramus, quis sit collationis finis & effectus, hoc enim postremum est ex iis, quæ ad intelligentiam hujus argumenti diximus cognitu esse necessaria.

1 Ex iis, quæ supra disseruimus, præsertim cap. 2. intelligere possumus, collationem initio à prætore introductam esse minuendæ duplicis injuriæ gratia, quam sui heredes patiebantur, eo quod prætor una cum his ad bonorum

rum

rum paternorum successionem admittebat & emancipatos: nam ita & suis heredibus pars hereditatis paternæ, quæ horum tota erat jure civili, detrahebatur, & eorum quoque bonorum, quæ sui heredes quæsierant, partem consequebantur emancipati, cum & ipsi omnia quærerent, & quæsita sibi retinerent. Cui utrique injuriæ obviam ivit prætor emancipatos, successionem patris una cum suis appetentes, ad bonorum collationem vocando. *l. 1. ff. hoc tit.*

2 Cum autem procedente tempore magis ac magis par atque æqualis liberorum omnium causa in successione parentum intestata esse cœpisset, ad hanc æqualitatem inter liberos servandam paulatim quoque jus collationis attemperatum fuisse; ac tandem etiam tractum ad succcessionem ex testamento. Itaque nunc recte dicemus τὸ οὗ ἕνεκα, finem, propter quem collatio fit & petitur, hunc esse, ut servetur inter liberos æqualitas, eaque servata bona defuncti parentis una cum collatis inter eos dividantur. *l. ut liberis. C. 7. l. illud.* 20. *C. hoc tit. Nov. C.* 18. *c.* 6. Differt itaque collatio à divisione, ut antecedens à consequente.

3 Æqualitas autem hæc non est arithmetica, sed geometrica, ut collatis omnibus, quæ conferenda sunt, tantam quisque portionem accipiat, quanta ei vel dispositione testatoris, vel lege delata est: sic enim referenda est æqualitas ad id, quod relictum est. verbi causa, si unus ex liberis institutus sit ex quadrante, alter ex dodrante, collatis omnibus in acervum hereditatis, quæ hoc modo crescit, unus tres uncias totius, alter novem accipiet, sibique imputet, si quis minus accipiat, quam contulit; quia poterat hereditatem omittendo effugere onus collationis. *l. 1. §. si tres. 5. hoc tit.* Quod si ex æquis partibus heredes scripti sint, æqualiter hereditatem divident; quamvis unus plus alio conferat, quia plus à defuncto parente acceperat, idemque est in successione intestata. Et ita in partibus diversis proportio est geometrica, quemadmodum in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos sibi invicem simpliciter substituerit. *l. 5. l. si plures. 44. ff. de vulg. & pub. sub. l. C. C. de impub. & al. subst.*

4 Effectus collationis est hic, quod bona collata & hereditati communi permista, & ipsa hereditaria fiant, aut utique vi ipsa pro hereditariis habeantur: minimum quæ ex bonis patris exierunt; nam de peculio profectitio, quod in bonis patris manet, & post mortem in hereditate ejus reperitur, hoc proprie prædicari non potest, quanquam intuitu naturalis possessionis & juris administrandi, quod vivente patre filius habuit, etiam hic collatio est, & fieri dicitur. de quo uberius disserimus supra *cap.* 3.

5 Est & hic collationis effectus, quod post eam demum actiones hereditariæ efficaciter exerceri possunt, nam etsi statim atque agnita hereditas aut bonorum possessio est, actiones istæ ipso jure competunt, tamen conferre nolenti denegantur, ut demonstratum est *cap. superiore.* Illud autem insubtile est, quod quidam ajunt competere actiones, etiamsi pacto hereditati renuntiatum sit. Prius enim de successione, quam de collatione aut actionibus quærendum est: & sicut eum, qui ad collationem vocatur, aut cui confertur, successorem esse oportet, ita ex

adversa

adverso præpostere disputatur de collatione in persona ejus, qui successor non est.

6 Hæc autem est eorum mens & sententia, ante hereditatem aut bonorum possessionem delatam pacto effici non posse, ut quæ alias conferenda essent, non conferantur, at postea posse, & juri jam quæsito recte renuntiari. *per l. pen. C. de pact. junct. l. ult. C. eod. l. 3. C. hoc tit. l. si quando. 33. §. 1. C. de inoff. test. l. ult. ff. de suis & leg. her. cum simil. lib.* quod quidem verum est, sed loco minus congruo hic tractatur, ut & alia quædam, quæ pertinent ad locum communem de pactis circa successiones, de quibus *DD. in d. l. ult. C. de pact. & in l. stipulatio. 61. ff. de verb. oblig. & nos ex professo tract. de pact. c. 19.*

F I N I S.

INDEX RERUM

Et

VERBORUM MEMORABILIUM.

A.

Advo-

B.

C.

Infans

an

K.

L.

Malefi-

P.

Pacta

Peculium

Procu-

S.

Ven-

V.

FINIS.

Storchi

V·I·D· Storchi 1707

Ecco ragion le leggi.
Ove la sete d'or giammai si sazia:
la bontà s'esclude
che il voler ogni ragion [illegible]

come si vede da' libro intitolato Successi
[illegible] pione. pag. 30 Cap. 3.

14
15
14
12
13
15
3

56

12
5
4
12

122